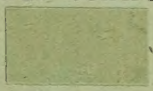
Der Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht



Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt der hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

von

Basil Fellmann, Sursee

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 14. März 1947 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Schwander (erster Referent) und Herrn Prof. Dr. Favre (zweiter Referent)

1947

Buchdruckerei Joseph Lustenberger, Sursee

Der Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt der hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

von

Basil Fellmann, Sursee

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 14. März 1947 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Schwander (erster Referent) und Herrn Prof. Dr. Favre (zweiter Referent)

Buchdruckerei Joseph Lustenberger, Sursee

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluß vom 1. Juli 1916)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Der lieben Mama!

Dem Papa zum 70. Geburtstage!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538116_0005

Inhaltsübersicht

	Seite
Inhaltsverzeichnis	5
Quellen und Materialien	10
Literaturverzeichnis	11
Abkürzungen	15

Allgemeiner Teil

Einleitung

§ 1	Die Aufgabe	17
§ 2	Die wirtschaftliche Bedeutung der G.m.b.H.	18
§ 3	Die rechtliche Struktur der G.m.b.H.	23

I. Kapitel

Materielle und formelle Voraussetzungen der Konkurseröffnung

§ 4	Die Konkursfähigkeit	32
	Spezialfälle:	
	1. Die G.m.b.H. „in Liquidation"	34
	2. Die G.m.b.H. vor dem Eintrag	38
	3. Die anfechtbare oder die mit Mängeln behaftete G.m.b.H.	39
§ 5	Die Konkursgründe	41
§ 6	Die formellen Konkursgründe	42
	I. Die ordentliche Konkursbetreibung	42
	Die Voraussetzungen:	
	1. Einleitungsverfahren	42
	2. Konkursfähigkeit der Schuldnerin	43
	3. Vollstreckbare Forderung	44
	4. Betreibungsort	44
	a) Hauptsitz und Filiale in der Schweiz	46
	b) Hauptsitz in der Schweiz und Filiale im Ausland	48
	c) Hauptsitz im Ausland und Filiale in der Schweiz	50
	II. Die Wechselbetreibung	52

Seite

§ 7 Die materiellen Konkursgründe 53

1. Unbekanntheit des Aufenthaltes 54

2. Zahlungsflucht 54

3. Betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger 55

4. Vermögensverheimlichung 56

5. Zahlungseinstellung 57

6. Verwerfung oder Widerruf eines Nachlaßvertrages oder Stundung 59

7. Insolvenzerklärung 59

8. Ueberschuldung 61

ad. 8: Die Bilanz im Ueberschuldungsfalle 63

a) Bewertung der Aktivposten 65

b) Bewertung der Passiven 66

§ 8 Das Verfahren 66

I. Das Verfahren der ordentlichen Konkursbetreibung 67

II. Das Verfahren der Wechselbetreibung 71

§ 9 Das Antragsrecht 71

1. Der Gläubiger 72

2. Der Gesellschafter 72

3. Die Gemeinschuldnerin 74

a) Die Gesellschafterversammlung 75

b) Die Geschäftsführung 76

c) Die Kontrollstelle 77

§ 10 Die Antragspflicht 78

1. Allgemeines 79

2. Folgen der Verletzung der Antragspflicht 79

§ 11 Der Konkursantrag 80

1. Eröffnungsantrag des Gläubigers 80

2. Eröffnungsantrag der Gemeinschuldnerin (G.m.b.H.) 81

§ 12 Die Folgen des Konkursantrages 81

§ 13 Das Berufungsrecht 82

II. Kapitel

Die Durchführung des Konkurses

I. Die Konkursbeteiligten

Seite

§ 14 Die Gemeinschuldnerin 84

a) Die Geschaftsführung 85

aa) Die Pflichten der Geschäftsführung 87

bb) Die Rechte der Geschäftsführung 89

cc) Die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung 92

b) Die Kontrollstelle 94

c) Die Gesellschafterversammlung 95

§ 15 Die Konkursgläubiger 96

1. Die Stellung des Gesellschafters 97

2. Die Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters 105

3. Die Stellung des Genußscheininhabers 108

4. Die Stellung des Pfandgläubigers 109

5. Die Stellung des Schadenersatzgläubigers 110

6. Die Stellung des Gläubigers für Saläransprüche 113

7. Die Stellung der Geschäftsgläubiger 114

8. Die Stellung der Nutznießer 117

§ 16 Der Konkursverwalter 118

II. Die Konkursmasse

§ 17 Das Stammkapital 121

§ 18 Der Reservefonds 126

§ 19 Nebenleistungen der Gesellschafter 128

§ 20 Ersatzansprüche der Gesellschaft 129

1. Ansprüche der Gesellschaft 130

2. Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger und der Gesellschafter 134

III. Beendigung des Konkurses

§ 21 Die Beendigung des Konkurses 137

1. Die Einstellung des Verfahrens 138

2. Der Widerruf des Konkurses 138

§ 22 Die Auflösung der G.m.b.H. 139

Besonderer Teil

I. Kapitel

A. Der Konkurs eines Gesellschafters

		Seite
§ 1	Die Bedeutung des Privatkonkurses	141
§ 2	Die Voraussetzungen des Privatkonkurses	142
	I. Die ordentliche Konkursbetreibung	142
	II. Die Wechselbetreibung	143
	III. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung	144
§ 3	Die Aktiven im Privatkonkurse	144
	I. Das exekutionsfähige Vermögen des Gesellschafters	144
	II. Die Anfechtungsansprüche	147
§ 4	Die Passiven im Privatkonkurse	147
	1. Die Privatgläubiger	147
	2. Die Gesellschaftsgläubiger	148
	3. Die Gesellschaft	151
	4. Die Ausgleichungsansprüche	152
§ 5	Der Nachlaßvertrag eines Gesellschafters	152
§ 6	Die Arrestnahme für Gesellschaftsschulden	153

B. Mehrheit von Privatkonkursen

§ 7	Mehrheit von Privatkonkursen	154

II. Kapitel

Das Verhältnis der beiden Konkurse (Gesellschafts- und Privatkonkurs) zueinander

		Seite
§ 8	Der Grundsatz der Trennung von Gesellschafts- und Privatkonkurs und ihre Unabhängigkeit voneinander	156
§ 9	Gleichzeitiger Gesellschafts- und Privatkonkurs	157
	I. Der Begriff der Gleichzeitigkeit	157
	II. Der Gesellschaftskonkurs	157
	1. Allgemeines	157
	2. Aktivmasse	157
	3. Passivmasse	158
	III. Der Privatkonkurs	158
	1. Allgemeines	158
	2. Aktiven	158
	3. Passiven	159
	a) Privatgläubiger	159
	b) Gesellschaftsgläubiger	159
	aa) Ein Teil der Gesellschaft ist solvent	160
	bb) Kein Gesellschafter ist solvent	160
§ 10	Begriff des Ausfalls und seine Geltendmachung im Besondern. Der Regreß	162
§ 11	Zusammenfallen des Gesellschaftskonkurses mit mehreren Privatkonkursen	173
Schlußbetrachtung		175
Sachregister		176

Quellen und Materialien

Schweiz

Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung. — Verhandlungen der Räte über die G.m.b.H. (Sten. Bull.)

Ständerat 1931, 1935, 1936 (Ständerat)

Nationalrat 1934, 1935, 1936 (Nat.rat)

Bundesrätlicher Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 21. Februar 1928 mit Botschaft (Botschaft)

Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 zum Betreibungs- und Konkursgesetzentwurfe und Vorlage des Bundesrates zur zweiten Beratung und Botschaft dazu vom 10. Februar 1888 (BBl 1888 I S. 358) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 mit diversen Aenderungen (SchKG)

Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweiz. Zivilgesetzbuches (5. Teil OR) vom 30. März 1911 (aOR)

Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936 (OR)

Bundesgesetz über das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)

Ausland

Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877, abgeändert 17. Mai 1898, in Kraft seit 1. Januar 1900 (DKO)

Deutsche Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892, letzte Fassung vom 28. Juni 1928 (dGmbHG)

Oesterreichisches Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März 1906 (oeGmbHG)

Oesterreichische Konkursordnung von 1868 abgeändert am 10. Dezember 1914 (oeKO)

Faillites et banqueroutes (Code de commerce français) du 28 mai 1838 (C. de commerce)

Loi du 7 mars 1925, tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée (LstéRL)

Literatur-Verzeichnis

Die hier aufgeführte Literatur wird, soweit nichts anderes bemerkt, nur mit dem Namen des Verfassers zitiert; weitere Literaturangaben im Text. — Die Basler Dissertationen in Maschinenschrift sind nur erhältlich bei der Landesbibliothek Bern oder bei der Universitätsbibliothek Basel.

Beck, W.: Die G.m.b.H. mit veränderlichem Stammkapital, Zentralblatt für Handelsrecht 1926 I, S. 382 ff.

Blumenstein: Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1905.

Bucher: Der Konkurs der Kommanditgesellschaft, Diss. Zürich 1926.

Burckhardt, L.: Die Haftung des Gesellschafters einer G.m.b.H., Diss. Basel 1931, (Maschinenschrift) (zit. Burckhardt).

Burckhardt, W.: Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweiz. OR, Diss. Bern 1896 (zit. Burckhardt W.)

Burkas, H.: Aktionäre und Gläubiger im Konkurse der A.G. Leipzig.

Canner: Die Abtretung des Gesellschaftsanteiles bei der G.m.b.H., Diss. Zürich 1929.

Corradini: Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der G.m.b.H., insbesondere in ihrer Anwendung auf Kartelle und öffentlichrechtliche Körperschaften, Diss. Bern 1933.

Degeller. Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen an das schweiz. Bundesgericht, Diss. Zürich 1923.

Egger: Die G.m.b.H., in SJZ 34, S. 193 ff.

Egger: Kommentar zum schweiz. Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930 (zit. Egger Art. oder C.)

Fanconi: Die Haftung des Mitglieds einer G.m.b.H. nach schweizerischem und deutschem Rechte, Diss. Bern 1939.

Fehr, Hans: Das dynamische Element im künftigen schweiz. Handelsrecht, in „Beiträge zum Handelsrecht", Festgabe für Wieland, Basel 1934, S. 66 ff. (zit. Festgabe).

Fehr, Werner: Die Einmanngesellschaft nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1931.

Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Bd., 3. Abt., Leipzig 1929.

Fick, Der Konkurs der Kollektivgesellschaft, Zürich 1885.

Flachsmann: Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 SchKG, Diss. Zürich 1927.

Fränkel, F.: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine volkswirtschaftliche Studie, Thübingen 1915.

Fritzsche: Das Wechselrecht, in SJZ 28 N 2.

Fuchs: Die G.m.b.H. als Kulisse, in Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht, 1923.

Gamma: Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der G.m.b.H., Diss. Bern 1944. Heft 216.

Gegenbauer: Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der A.G. und dem Stammkapital der G.m.b.H., Diss. Bern 1932.

Gentinetta: Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung, Diss. Freiburg 1932.

v. Gierke: Die Theorie des Genossenschaftsrechts und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1887.

Götzinger: Zum Art. 217 SchKG, in ZSRnF 16, S. 35 ff.

Grübel: Die Zwangsvollstreckung in die Gesellschaftsanteile bei den Handelsgesellschaften nach schweiz. Recht, Diss. Basel 1940 (Maschinenschrift).

Guhl: Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., 2. Bd., Zürich 1936/37.

Gysin: Bemerkungen zur Einführung der G.m.b.H. in der Schweiz, Basel 1934, S. 179 in der Festgabe für Wieland. (zit. Festgabe).

Haab: Die G.m.b.H., in ZbJV, Bd. 62.

Haab: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrechte, ZbJV 67, S. 475.

Haab: Vereinfachungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, ZSR 51, S. 245 a ff.

Hachenburg: Kommentar zum dGmbHG, 5. Aufl. Berlin 1926 (zit. §).

Hachenburg: Die schweiz. G.m.b.H. und die deutsche Rechtsprechung, in ZSRnF 55, S. 329.

Hagmann: Der Konkurs des Kollektivgesellschafters nach schweiz. Recht, Diss. Basel 1925, (Maschinenschrift).

Henze: Der Konkurs der Aktiengesellschaft nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1923.

Herold: Das Konkursaufschubverfahren nach Art. 657 und 704 OR, in SJZ 30, S. 145 ff.

Herzfeld: Die freiwilligen Reservefonds sowie die Wohlfahrtseinrichtungen im Konkurse. Bern 1915.

Huber: Die qualifizierte Gründung der G.m.b.H., Diss. Bern 1939.

Janggen-Becker: Kommentar zum ZGB, Bd. VII OR, 3. Abt., die G.m.b.H., Bern 1939.

Jaeger, C.: Kommentar zum SchKG. Zürich 1911 mit Ergänzungsbände I—V.

Jaeger, E.: Kommentar zur deutschen Konkursordnung, Berlin 1916. (zit. Jaeger §).

Jaeger, E.: Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Freiburg 1897.

Kaufmann: Die Haftungsverhältnisse in der schweiz. G.m.b.H., Diss. Zürich 1940.

Keller: Der Nachlaßvertrag außer Konkurs, Zürich 1891.

Klemperer: Die rechtliche Natur der Genußscheine, Halle 1898.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechtes, Stuttgart 1891.

Kohler: Leitfaden des deutschen Konkursrechtes, 2. Aufl. 1903.

Krauß: Die Pfandgläubiger im Konkurs, Basel 1904.

Kreis: Probleme des Konkurses der G.m.b.H., Diss. Basel 1942 (Maschinenschrift).

Leemann: Die Konkursgründe nach SchKG, Diss. Bern 1904.

Meili: Lehrbuch des internationalen Konkursrechtes, Zürich 1909.

Moor: Der Konkurs der Kollektivgesellschaft, Diss. Bern 1920.

Müller, E.: Der Gläubigerschutz in der schweiz. G.m.b.H., Diss. Bern 1931.

Müller, H.: Die Stellung der Konkursverwaltung, Diss. Bern 1900.

Müller, Paul: Aufgabe und Gründung der G.m.b.H. nach schweiz. OR, Zürich 1938.

Müller, Robert: Der Konkurs der Genossenschaft nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1941.

Müller, Walter: Die Stellung des Gesellschafters der G.m.b.H. im deutschen und schweiz. Recht, Diss. Basel 1938.

Neuenschwander: Die Pflichten und Rechte der Mitglieder einer G.m.b.H., Diss. Bern 1940.

Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Kassel 1888.

Ott: Das Arrestverfahren nach SchKG, Diss. Zürich 1900.

v. Overbeck: Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. Zürich 1940.

Reichel: Der Regreß unter Solidarschuldnern, ZSRnF 36.

Riemer: Die Wechselbetreibung nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1927.

Scherer: Die G.m.b.H., in 7 Vorträge über das neue OR, veranstaltet von der Basler Handelskammer 1937.

Schech: Der Konkursaufschub im schweiz. Recht, Diss. Zürich 1938.

Schnitzer: Handbuch des Internationalen Privatrechts, 2 Bände, Basel 1944.

Schoch: Die Haftungsverhältnisse in der G.m.b.H., Diss. Zürich 1929.

Siegwart: Kommentar zum Recht der Personenges., Zürich 1938.

Siegwart: Kommentar zum Recht der A.G. und G.m.b.H., Zürich 1940 (Schultheß).

Siegwart: Buchführung und Bilanzrecht, ZSReF 45, S. 260 a ff.

Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1944.

Statistik des deutschen Reiches 1936/37.

v. Steiger: Die Wiedereintragung einer A.G. oder Genossenschaft über welche der Konkurs eröffnet, das Verfahren aber gemäß Art. 230 SchKG eingestellt worden ist ? in Schweiz. A.G. VI (1933), S. 25 f.

v. Thur / Siegwart: Allgemeiner Teil des OR, Zürich 1942.

Weyermann: Bilanzrecht und Bilanzzweck, in Festgabe für Eugen Huber, Bern 1919.

Widmer: Die Organisation der G.m.b.H., Diss. Zürich 1945.

Wieland: Handelsrecht I und II, München/Leipzig 1920/31.

Wieland: Die G.m.b.H., in ZSR 14, S. 205 ff.

Wieland: A.G. und G.m.b.H., in ZSR n F 41, S. 491 ff.

Wieler: Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der G.m.b.H., Diss. Bern 1939.

Wiesner: Der Konkurs der G.m.b.H., in Archiv für bürgerliches Recht, Band 28, S. 298 ff.

Wipfheimer: Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, München 1908.

With: Die Eintragung der mangelhaften G.m.b.H. im Handelsregister, Diss. Freiburg 1944.

Wolff: Die Genußscheine nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1914.

Zimmermann: Die Jahresbilanz der A.G. nach deutschem und schweiz. Recht, Zürich 1912.

Abkürzungen

Archiv	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs
aOR	Schweiz. OR vom 14. Juni 1881
Abs. (I)	Absatz
A.G.	Aktiengesellschaft
A.S.	Eidgenössische Gesetzessammlung
Aufl.	Auflage
Art.	Artikel
A oder Anm.	Anmerkung
bzw.	beziehungsweise
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Bundesgericht
BRB	Bundesratsbeschluß
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BBl	Bundesblatt
C oder Komm.	Kommentar
Ders.	Derselbe
GenKVO	Verordnung des BGer über den Genossenschaftskonkurs vom 20. Dezember 1937
G.m.b.H.	Schweiz. Gesellschaft mit beschränkter Haftung
dGmbHG	Deutsche GmbH Gesetz
oeGmbHG	Oestereichische GmbHGesetz
Ges.	Gesellschaft
HReg.	Handelsregister
HRegVO	Verordnung über das HReg vom 7. Juni 1937
JW	Juristische Wochenschrift
i. Verb. m.	in Verbindung mit
kant.	kantonal
K	Konkurs
KVO	Verordnung des BGer über die Geschäftsführung der Konkursämter
m. a. W.	mit andern Worten
N oder Nr.	Note oder Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943

Prot. Exp. Kom.	Protokoll Experten-Kommission
Pra	Praxis des BGer. Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide
Sten. Bull.	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
resp.	respektive
RGE	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
S.	Seite
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StéRL	Société â responsabilité limitée (du droit français)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SchlUeB	Schluß- und Uebergangsbestimmungen
VO	Verordnung
vgl.	vergleiche
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
Zeitschrift	Zeitschrift (schweizerische) für Betreibungs- und Konkursrecht, sowie für Prozeßrecht
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt
ZSRnF	Zeitschrift für schweiz. Recht, neue Folge.
zit.	zitiert

Allgemeiner Teil

Einleitung

§ 1. Die Aufgabe

Für den Konkurs der G. m. b. H. und ihrer Mitglieder tauchen eine Reihe verwickelter und praktisch bedeutsamer Fragen auf. Die nachstehenden Ausführungen sollen in systematischem Zusammenhange diese Fragen behandeln.

Die Materie gehört in zwei Rechtsgebiete. Sie ist einerseits handelsrechtlicher, anderseits konkursrechtlicher Natur.

Der Titel sagt, daß grundsätzlich nur das schweizerische Recht berücksichtigt wird. Das ausländische Recht wird der Verfasser als rechtsvergleichende Darstellung zum besseren Verständnis des einheimischen Rechts benutzen. — Als hauptsächlichste Quellen werden das BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG) und das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911 in der Fassung vom 18. Dezember 1936 (OR) verwendet.

Ueber alle übrigen Gesellschaftsformen liegen bereits besondere juristische Abhandlungen [1]) vor. Um das Verständnis für die bis anhin „verkannte"[2]), neue Gesellschaftsform in der Schweiz zu fördern, werden die handelsrechtlichen Fragen absichtlich aus dieser Tendenz ausführlicher behandelt.

Im allgemeinen Teil wird der Konkurs der G.m.b.H. Gesellschaftskonkurs) detailliert untersucht. Im Besonderen-Teil finden wir in summarischer Gestaltung in einem ersten

[1]) Fick, der Konkurs der Kollektivgesellschaft, Zürich 1885; Moor, Der Konkurs der Kollektivgesellschaft, Diss. Bern 1920; Hagmann Max, Der Konkurs des Kollektivgesellschafters, Diss. Basel 1925 (Maschinenschrift); Henze, Der Konkurs der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1923; Bucher, Der Konkurs der Kommanditgesellschaft, Diss. Zürich 1926; Müller, Der Genossenschaftskonkurs, Diss. Zürich 1941.

[2]) Vgl. § 2.

Kapitel den Konkurs eines Gesellschafters (Privatkonkurs) und in einem zweiten Kapitel das Verhältnis von Gesellschafts- und Privatkonkurs.

§ 2. Die wirtschaftliche Bedeutung der G.m.b.H.

Die fortschreitende Entwicklung von Handel und Industrie machte es bald notwendig, daß auf dem Wirtschaftsgebiete neue Formen gefunden werden mußten, die es ermöglichten für die bisherigen Familien-, Klein- und Mittelaktiengesellschaften, aber auch für Kartelle und Syndikate eine wirtschaftlich günstige Form zu haben. Man suchte nach einer neuen Form, nach einer Gesellschaftsbildung, die geeignet war, den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens Genüge zu leisten. Aus diesem Bedürfnisse ist die G. m. b. H. entstanden als eine Verbindung von kapitalistischen und individualistischen Elementen.

Seit dem Erlaß des deutschen Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 haben eine große Anzahl von Staaten die Gesellschaftsform der G.m.b.H. eingeführt[1]). — Das revidierte schweizerische Obligationenrecht, das am 1. Juli 1937 in Kraft getreten ist, hat die unserem Handelsrecht bisher unbekannte Unternehmungsform, nämlich die G. m. b. H., eingeführt. Die Stellung, die der G.m.b.H. im heutigen Wirtschaftsleben zukommt, ist vorläufig in der Schweiz noch unbedeutend. Ueber die Vorgeschichte, die Entwicklung und die Einführung der G.m.b.H. in der Schweiz orientieren ausführlich Becker[2]), Gysin[3]), Schweizer[4] und die Beratungen[5] in der Bundesversammlung.

War die Einführung der neuen Gesellschaftsform notwendig? — Hoffmann[6]) bejahte dies mit dem Argument,

---

[1]) Portugal 1901, Oesterreich 1906, Polen 1919/23, Tschechoslowakei 1920, Russland 1922, Bulgarien 1924, Frankreich 1925, Türkei 1926, Lichtenstein 1926, Ungarn 1929, Argentinien 1932, Luxemburg 1933, Belgien 1935, Schweiz 1936, Kolumbien 1937.

[2]) Janggen-Becker, Einl. S. 2/3.

[3]) Gysin, Festgabe S. 179 ff.

[4]) Schweizer, ZSRnF 19, S. 273 ff.

[5]) Sten Bull. Ständerat: 1931 619 ff.; 1935 295-299, 320/1; 1936 368 ff. Sten. Bull. Nationalrat: 1934 155-171; 1935 293/5; 1936 354, 361.

[6]) Hoffmann, Bericht zum zweiten Entwurf 1923, S. 90 ff.

die G.m.b.H. sei als Rechtsform für Kartelle notwendig, da die bisherigen Rechtsformen teils ungenügend (einfache Gesellschaft, Genossenschaft), teils nur sehr begrenzt zulässig und verwendbar seien (vgl. Verein, A.G.). — Für Gysin[1]) scheinen folgende Gründe ausschlaggebend zu sein: einerseits die wünschenswerte, internationale Rechtsangleichung auf dem Gebiete des Handelsrechts, anderseits die Notwendigkeit, das verheerend gewordene Tempo der kapitalistischen Konzentrationsbewegung zu mäßigen mit einem bescheidenen Beitrag z. B. dadurch, daß den kleineren und mittleren Unternehmungen eine adaequate, relativ persönlich gedachte Gesellschaftsform zur Verfügung gestellt wird. — Der Verfasser glaubt ebenfalls, daß die internationale Rechtsangleichung auf dem Gebiete des Handelsrechts der Hauptgrund ist für die Einführung dieser Gesellschaftsform. Auf geistigem Gebiete gibt es keine Schlagbäume[2]). Die Gedanken überfliegen die Grenzen, auch auf dem Gebiet des Rechts. Gleiche Bedürfnisse rufen gleiche Gebilde hervor. Rechtsgebilde entstehen in dem einen Lande, in dem anderen werden sie übernommen. Man gestaltet sie um, den eigenen Bedürfnissen entsprechend. Wenn das Obligationenrecht von 1881 durch das revidierte Obligationenrecht (OR) ersetzt oder vielmehr ergänzt wurde, so bedeutet das nicht, daß das alte Obligationenrecht nicht auch ein ausgezeichnetes Gesetz war. — Töndury schreibt[3]): die Wirtschaft ist allzu dynamisch, das Recht ist allzu statisch. Ziel soll aber sein die Harmonie von Recht und Wirtschaft. — Zur Dynamik des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936 äussert sich Müller Walter[4]): „Das schweizerische G.m.b.H.-Recht ist ein Beispiel dynamischer Rechtsgestaltung. Durch diese Beweglichkeit wird es sich leicht den sich ändernden wirtschaftlichen und rechtlichen Anschauungen anpassen lassen." — Obschon wir, wie wir in den folgenden Ausführungen immer wieder sehen werden, die schweizerische G. m. b. H. als die klassische G. m. b. H. bewerten müssen, hat diese neue Gesellschaftsform verhältnismäßig sich noch nicht zahlreich „eingebürgert".

---

[1]) Gysin, Festgabe S. 186.

[2]) Vgl. Hachenburg, Kommentar Einl.

[3]) Aus „Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht" von Hans Fehr, in Festgabe für Wieland, S. 66 ff.

[4]) Müller Walter, S. 138.

Vergleichen wir zunächst die GmbH. mit anderen eingetragenen Firmen nach Rechtsformen seit 1937[1]):

Jahresende	Einzelfirmen	Kollektiv- Kommanditges.	AG.	Genossenschaft	G.m.b.H.
1937	54 499	9 999	20 173	11 686	68
1938	54 299	9 927	19 599	11 657	218
1939	54 176	9 909	18 816	11 593	309
1940	54 301	9 833	18 287	11 560	383
1941	54 671	9 934	17 753	11 530	463
1942	55 675	10 002	17 471	11 518	565
1943	56710	10 143	17 512	11 621	680
1944	57 993	10 353	17 697	11 798	771
1945	59 713	10 831	18 243	12 031	890
1946[2])	62 245	11 798	19 203	12 301	1047

Wir können auf Grund dieser Statistik feststellen, daß die schweizerische G.m.b.H. sich relativ erst schwach verbreitet hat. Der Grund liegt aber nicht im Recht der schweizerischen G.m.b.H. Diese Erscheinung läßt sich aus der zurückhaltenden eher mißtrauischen schweiz. Einstellung heraus allen Neuerungen gegenüber erklären. — Zudem wurde der Art. 2 Abs. 1 der Uebergangs- und Schlußbestimmungen des OR., nach welchem Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Genossenschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes im HReg. eingetragen sind, jedoch den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, binnen einer Frist von fünf Jahren ihre Statuten den neuen Bestimmungen anzupassen haben, durch den Bundesratsbeschluß vom 31. Oktober 1941[3]) dahin erweitert, daß die Frist auf den 30. Juni 1944 erstreckt wurde. Durch einen weiteren BRB vom 4. Oktober 1943[4]) wurde die Frist nunmehr auf den 30. Juni 1947 erstreckt. Von den 17 345 auf Jahresende eingetragenen A.G. haben 7448 ein Stammkapital von über 50 000 Fr., während 9857 ein Stammkapital unter 50 000 Fr. besitzen. — Entweder wird das Stammkapital gemäß Art. 621 OR auf 50 000 Fr. erhöht, oder die Gesellschaften müssen sich einer anderen Gesellschaftsform bedienen.

---

[1]) Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1944, S. 383.

[2]) Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1946, S. 407.

[3]) A. S. Band 57, S. 1237.

[4]) A. S. Band 59, S. 792; der Art. 2 SchlUeB des OR wurde dadurch abgeändert.

Es läßt sich somit noch nicht beurteilen, wie viele Aktiengesellschaften des alten Rechts, insbesondere sog. Zwergaktiengesellschaften, die im neuen Rechte nicht mehr geduldet werden, sich in G.m.b.H. umwandeln werden.

Die nachfolgende Tabelle[1]) zeigt die Vertretung der G.m.b.H. in den einzelnen Erwerbsgruppen:

Jahr	Industrie	Handel	Kredit-institut	Gastgew.	Verkehr Transport	Immob. Ges.	Uebr.	Total
1937	28	28	—	2	1	6	3	68
1938	82	87	5	5	5	23	9	216
1939	121	114	9	3	11	36	14	308
1940	148	137	9	4	16	42	14	370
1941	188	159	8	6	17	47	18	443
1942	239	193	8	9	22	56	23	550
1943	292	240	9	11	25	64	24	665
1944	320	262	8	12	36	83	25	746
1945	371	318	8	14	46	91	27	875
1946	441	385	6	15	46	105	30	1028
				Gesellschaften				
1937	869	701	—	50	20	201	60	1901
1928	2615	2315	130	122	110	554	184	6030
1939	3544	3169	210	72	685	838	340	8858
1940	4184	3691	260	92	851	995	340	10413
1941	5155	4382	240	162	862	1128	521	12450
1942	7178	5386	265	223	999	1328	626	16005
1943	8548	6556	289	313	1086	1561	666	19019
1944	9354	7180	269	356	1333	1977	816	21285
1945	10874	8738	269	401	1577	2143	866	24868
1946	12860	10610	189	451	1574	2479	966	29129
				Stammkapital in 1000 Fr.				

Daraus erhellt, daß die Gesellschaftsform der G.m.b.H. vorwiegend für Industriefirmen und Handelsgesellschaften gebraucht wird. Unter dem Handelsgewerbe ist am meisten der Warenhandel vertreten.

Ein Hinweis auf die Entwicklung und den Stand der G.m.b.H. in Deutschland, wo die G.m.b.H. zuerst eingeführt wurde, zeigt, daß dort die G.m.b.H. sich zahlenmäßig rascher entwickelt hat als z. B. die Aktiengesellschaft. Im Jahre 1913 waren 26 790 G.m.b.H. und 5139 A.G.; 1936 39 249 G.m.b.H. und 7204 A.G. Wir haben in Deutsch-

[1]) Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1946.

land demnach fast 5 mal soviele G.m.b.H. als A.G.[1]). Bezüglich des Stammkapitals ist die Verteilung auf Jahresende 1936 folgende: 71 % aller G.m.b.H. haben ein Stammkapital bis zu 50 000 Rm.; 25 % ein Kapital von 50 000 bis 500 000 Rm.; 4 % ein Stammkapital von mehr als 500 000 Rm. Bezüglich Mitgliederbestand hatten diese G.m.b.H.: 28 % Einmanngesellschaften; 38 % zwei; 23 % drei bis fünf; 11 % mehr als fünf Gesellschafter.

Die große Verbreitung der G.m.b.H. in Deutschland ist hauptsächlich auf die besondere Ausgestaltung des GmbH-Rechtes zurückzuführen, die z. B. zu frei und zu elastisch ist in den gesetzlichen Vorschriften über Gründung, Gründerhaftung[2]) und Sacheinlagen[3]). Daher rühren die vielen, schwindelhaften Unternehmungen. Als Hauptschuld führt aber Baumbach[4]) über diese schwindelhaften Unternehmungen[5]) an, daß der Grund bei der Rechtsprechung liege, die in „formaljuristischer Betrachtung befangen, ihren Scharfsinn dazu verwandte, dem Gesetzesumgeher sein Handwerk zu schützen". — Ueber diese Mißstände orientiert z. B der RGE 99, 233[6]), wo ein einziger Kaufmann zugleich 4 GmbH. in sich verkörperte. In der Inflationsperiode nach dem Weltkrieg 14/18 war die Zahl der GmbH-

[1]) Statistik des deutschen Reiches, Bd. 502 „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung" am 31. 12. 36.

[2]) § 2—9 des d. GmbHG. vom 20. April 1892. Darnach haften nur die Anmeldenden solidarisch für die Richtigkeit ihrer Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen (§ 9 I). Ebenso muß von in Geld bestehenden Stammeilagen nur ein Viertel eingezahlt sein (§ 7 I). — Kein Gründerbericht, keine Nachprüfung durch Revisoren, keine Haftung der Einbringer, der Gründer, überhaupt kein Einstehen für die Richtigkeit der Bewertung von Sacheinlagen. Vgl. Burckhardt S. 47.

[3]) Die Bestimmungen über die Sacheinlagen sind bis zur Unwirksamkeit verwässert. Sie bilden bloß ein Warnungssignal für das Publikum. Vgl. Burckhardt S. 44 ff. — Nach Hachenburg, C. Art. 11 und 28 zu § 5 gelten nur die allgemeinen Regeln über Gewährleistung.

[4]) Baumbach, Kurzkommentar, Einl. 1.

[5]) Fuchs, Die GmbH. als Kulisse, Leipziger Zeitschrift 17, S. 255. Das Schachtelsystem einer großen Unternehmungszusammenfassung mit ihren Tochter- und Muttergesellschaften (Alles GmbH).
Oder aus der Studie von Fränkel, Berlin 1915, S. 201, ersieht man, was für ungeheure Schwindeleien gerade bei Sachgründungen ge-

Konkurse sehr groß [1]). Sollten solche Verhältnisse wie in Deutschland sich auch in der Schweiz verbreiten, dann dürfte dies gerade die vorliegende Arbeit für eine gewaltige praktische Bedeutung praedestinieren. Wir haben aber in unserem schweizerischen G.m.b.H.-Rechte ganz andere Verhältnisse, die nie solchen Zuständen [2]) „Tür und Tor" öffnen.

Die Vergangenheit der dGmbH. mit ihren schweren wirtschaftlichen Schädigungen und Gefährdungen mag mitspielen, daß diese Gesellschaftsform bei Firmengründungen in der Schweiz noch „stiefmütterlich" behandelt wird. — Anderseits zeigt sich gerade bei uns in der Schweiz, daß die G.m.b.H. eine besondere Festigkeit hat, denn im Jahre 1943 waren bloß fünf G.m.b.H.-Konkurse, und im Jahre 1944 elf G.m.b.H.-Konkurse [3]).

Die durch das revidierte Obligationenrecht eingeführte G.m.b.H. wird bestimmt im Laufe der Zeit jene zahlenmäßige und wirtschaftliche Entwicklung und Bedeutung erlangen, die ihr ob dem intensiven Geschäfts- und Handelsleben unserer Zeit kraft ihrer besonderen, unseren schweizerischen Verhältnissen angepaßten, klassischen Unternehmungsform zukommt.

§ 3. Die rechtliche Struktur der G.m.b.H.

Name und Zweck dieser Gesellschaftsform sind in allen Gesetzgebungen gleich, verschieden aber die Ausgestaltung. Mit der G.m.b.H. bezweckt man eine Gesellschaftsform, die die Vorteile der Kollektivgesellschaft (enge persönliche Beziehung zwischen Gesellschaftern) verbindet mit den Vorteilen der Aktiengesellschaft (Beschränkung des Risikos, der Haftung der beteiligten Gesellschafter) [4]).

Aber welche Rechtsinstitute des Aktienrechts und welche Einrichtungen der Kollektivgesellschaft sind auf die G.m.b.H.

---

trieben werden, so sehr, daß Bezeichnungen wie „Gehst' e mit, bist' e hin", „Gesellschaft mit beschränkter Hochachtung", „Gesellschaft mit bedenklichem Hintergrund" usw. so recht die geringe Achtung ausdrücken, in der die deutsche GmbH. steht.

[6]) Zitiert bei Feine, S. 437/38.

[1]) Feine S. 13: von 1924 bis 1926 total 5649 GmbH.-Konkurse.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 3, S. 23 ff.

[3]) Schreiben vom statistischen Amt 17. 4. 46, Dr. Brühschweiler.

[4]) Burckhardt S. 7/8; Kaufmann S. 17; Widmer S. 5.

übertragen worden? — Bei der Einführung des deutschen Gesetzes standen sich damals zwei Meinungen gegenüber: Oechelhäuser forderte eine „offene Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung"[1]), Hammacher eine Anlehnung ans Aktienrecht. Letztere Auffassung hielt sich im wesentlichen durchgesetzt in der dGmbH.

Der schweiz. Gesetzgeber hat die G.m.b.H. viel personalistischer ausgestaltet[2]). Er hat die Elemente der individualistischen und der kollektivistischen Gesellschaftsform zu gleichen Teilen durcheinander gemischt, so daß wirklich „eine Art juridisches Maultier" entstanden ist[3]). Hachenburg[4]) nennt die schweizerische G.m.b.H. eine Kommanditgesellschaft, die nur aus Kommanditisten besteht. Da sich das schweizerische G.m.b.H.-Recht in seiner rechtlichen Gestaltung sosehr der Kollektivgesellschaft nähert, hat Egger[5]) die G.m.b.H. als „abgewandelte Personalgesellschaft" bezeichnet. Wird die G.m.b.H. als abgewandelte Personalgesellschaft aufgefaßt, dann resultiert daraus ganz spontan, daß die Uebertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen erschwert wird, wie sich dies ausdrücklich im Art. 791 OR offenbart. Den Ausgangspunkt für die rechtliche Gestaltung der Uebertragbarkeit eines Gesellschaftsanteiles bildet aber das persönliche Vertrauen der Gesellschafter zueinander[6]). Auch die persönliche Haftung, mit der das Recht auf Geschäftsführung verbunden ist[7]), oder die Eigenart der Geschäftsanteile, die nicht verbrieft sind und keinen wertpapiermäßigen Charakter haben[8]), sind u. a. typische Eigenheiten unserer G.m.b.H.

[1]) Abdruck des Oechelhäuserschen Entwurfs bei Wieland II, S. 399.

[2]) Botschaft S. 76: „Grundlage der Ordnung ist nach wie vor die individualistische Gesellschaftsform mit persönlicher und solidarischer Haftung der Gesellschafter gemischt und gemäßigt durch eine der kapitalistischen Gesellschaftsform entnommene Begrenzung der Haftung". — Wieland II, S. 274. Vgl. Widmer S. 9.

[3]) Scherer S. 100; Siegwart, Die AG. und die G.m.b.H. Einl. N 63 ff.

[4]) Hachenburg, ZSRnF 55, S. 332.

[5]) Egger, SJZ 1938, S. 197.

[6]) Anders das dGmbHG, das den Grundsatz der freien Uebertragbarkeit der Geschäftsanteile vertritt.

[7]) Müller Walter, S. 34; ebenso Art. 811 I OR.

[8]) Art. 789 III OR.

Durch das Zusammentragen heterogener Elemente hat die Klarheit der Form gelitten. Die G.m.b.H. ist in ihrem rechtlichen Aufbau und innerem Wesen nach eine Mittelstufe zwischen der Kollektivgesellschaft und der A.G.[1]). Besonders die Art. 802, 811 und 818 OR geben nach Ansicht des Verfassers ein Bild von der G.m.b.H. Darnach sollen grundsätzlich in der G.m.b.H. wie in der Kollektivgesellschaft alle Gesellschafter Geschäftsführer sein; und jeder dieser Geschäftsführer hat sich jeglicher die Gesellschaft konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Jeder Gesellschafter stellt also seine Persönlichkeit und durch die Stammeinlage sein Vermögen in den Dienst der Gesellschaft. An Stelle der Spannung und des Widerstreits der Unternehmer- und Kapitalinteressen tritt in der G.m.b.H. die ungeteilte Vereinigung von Kapital und Arbeitskraft; darin liegt der eigentliche ökonomische und ethische Wert der G.m.b.H.[2]) Die Gesellschaft soll also normalerweise aus einigen wenigen Gesellschaftern bestehen, die durch ihre gemeinsame Arbeit und die solidarische (allerdings beschränkte) Haftung miteinander verbunden sind. Dieser persönliche Gehalt, der bei der A.G. regelmäßig fehlt, gibt der G.m.b.H. ihre Existenzberechtigung neben der A.G. (Egger[3]). Dem individualistischen Charakter der G.m.b.H. entspricht es auch, daß jeder Gesellschafter nur einen Gesellschaftsanteil besitzen kann, dessen Abtretung nur unter sehr erschwerten Umständen möglich ist (Art. 791 OR.)[4]) Die Abtretung wird im Anteilbuch eingetragen (Art. 791 OR.) und nach außen durch Statutenänderung und Veröffentlichung im Handelsregister (HReg.) kundgegeben[5]). Das Persönlichkeitsmoment darf aber nicht überbetont sein, denn die G.m.b.H. soll auch Körperschaft sein. Die Rechtswirklichkeit kennt aber diese Mischform von Personengesellschaft und Körperschaft nicht. Die handelsrechtlichen Vereinigungen tragen entweder ein individualistisches oder ein kol-

[1]) Müller Paul, S. 8, Ziff. 3.

[2]) Wieland II. S. 283.

[3]) Protokoll Expertenkommission 1925, S. 481 (Prot. Exp. Kom.)

[4]) Anders im deutschen und französischen Recht, wo jeder Gesellschafter mehrere Anteile besitzen kann. — Vgl. Feine S. 259.

[5]) BGE. 64 I 292 — Vgl. Kreisschreiben des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 20. August 1937, BBl 89 II 824.

lektivistisches Gepräge[1]). Diese Tatsache erschwert die Rechtsanwendung bei der G.m.b.H.[2]). Manche Schwierigkeit läßt sich durch geeignete Statutenbestimmungen beheben[3]). Aber das Grundproblem — Anwendung von kollektivistischen Rechtssätzen auf personalistische Gesellschaften — bleibt doch. Es offenbart sich vor allem darin, daß der Gesetzgeber der G.m.b.H. gleich wie jeder anderen Körperschaft Rechtssubjektivität verliehen hat (Art. 781 I OR).

Gierke unterscheidet in seiner Genossenschaftstheorie[4]) die Rechtsnatur der Personengesellschaft als Gesamthandverhältnis und die Rechtsnatur der Körperschaft als juristische Person. Die Personenverbindungen wurden als Verbindungen der Gesellschafter aufgefaßt, die Körperschaften als selbständige, für sich bestehende Rechtswesen. Gesellschaft und Körperschaft erscheinen als Gegensätze.

Unser Gesetzgeber hat diesen Gegensatz überbrückt. Die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung ist Rechtssubjekt. Die Mitglieder dieses Rechtssubjektes haften nach den Regeln wie die Mitglieder einer Kollektivgesellschaft, d. h. eines Gesamthandverhältnisses. Bei der Kollektivgesellschaft stehen sich Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger direkt gegenüber; bei der G.m.b.H. tritt zwischen sie das Rechtssubjekt „Gesellschaft" und doch sollen die gleichen Rechtsregeln gelten?

Die Uebersteigerungen der Genossenschaftstheorie wurden durch die Rechtstheorie überwunden. Innerhalb der deutschen Handelsrechtswissenschaft war es vor allem Carl Wieland, der das Gemeinsame in der Struktur aller Handelsgesellschaften betont hat[5]). Das Wesen der Handelsgesellschaften wird darin wie folgt definiert: „Sämtliche Handelsgesellschaften sind Gesellschaften, insofern sie sich auf Vertrag gründen, sie sind Gemeinschaften zur gesamten Hand, insofern ihr Ver-

---

[1]) Wieland II, S. 281; vgl. auch Ausführungen in § 15.

[2]) Vgl. Kreis, der die Probleme um den Konkurs der G.m.b.H. fast ausschließlich nach den Bestimmungen der GenKVO. zu lösen versucht. Durch BGE 70 III 86 wurde aber die analoge Anwendung der GenKVO auf den K der G.m.b.H. verneint. Vgl. Fußnote 6 S. 46/47.

[3]) Janggen-Becker, Art. 772 N 4.

[4]) Gierke, S. 550 ff.; derselbe in „Privatrecht", § 58.

[5]) Wieland I, S. 425.

mögen gemeinsames Vermögen ihrer Mitglieder ist, sie sind juristische Personen, insoweit sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger rechtlich behandelt werden". — Die französische Theorie, besonders Pic[1]), geht davon aus, daß jede gesellschaftliche Einheit auch vom Recht als Einheit erfüllt werden soll. Er erklärt deshalb alle Gesellschaften, auch die einfachen Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, als „personnes morales".

Die in der neueren Literatur herrschende Abstraktionstheorie[2]) sagt, daß das Rechtsinstitut der juristischen Personen nur ein technisches Mittel ist, um die gemeinsamen Interessen der zu einer Gemeinschaft Verbundenen zu schützen. — Die Abstraktionstheorie geht davon aus, daß wir in jeder organisierten Personenvereinigung, trotz allem Wechsel der beteiligten Personen, etwas Bleibendes festhalten können; die Vereinigung, die Organisation, diesem Bleibenden verleiht die Rechtsordnung Rechtspersönlichkeit[3]).

Die G.m.b.H. ist eine Personenverbindung mit juristischer Persönlichkeit. Sie gehört zu den körperschaftlich organisierten Personenverbindungen des Art. 52 ZGB und ist daher, soweit das OR nicht besondere Bestimmungen enthält, den allgemeinen Bestimmungen des Art. 52 ff. ZGB unterstellt. Zugleich ist die G.m.b.H. eine Kapitalvereinigung. Im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft besitzt sie ein zweckgebundenes Gesellschaftsvermögen, das Stammkapital, das nicht wengier als 20 000 Fr. und nicht mehr als 2 Millionen Fr. betragen darf (Art. 773 OR). Das zweckgebundene Gesellschaftsvermögen rechtfertigt die stärkere Betonung der rechtlichen Einheit der G.m.b.H. gegenüber der Kollektivgesellschaft. Das Stammkapital dient nicht nur den Interessen der Gesellschafter, es muß selbst gegen ihren Willen erhalten bleiben. Die Gesellschaft erlangt u. a. auch erst Rechtspersönlichkeit, wenn das Bestehen dieses Stamm-

---

[1]) Pic, sociétés commerciales (Traité theorique et pratique de la faillite) 1 N., p. 166.

[2]) Siegwart, Vorb. Art. 530, N 15; derselbe, Die A. G. und G.m.b.H. Einl. N. 90. — Auch Wieland I S. 396.

[3]) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 1, S. 241.

kapitals von Amtes wegen festgestellt ist[1]). — Die dinglichen Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsvermögen sind in beiden Gesellschaftsformen dieselben. Die Gemeinschaft der Gesellschafter ist Träger des Eigentums im Gesellschaftsvermögen. Der einzelne Gesellschafter hat keine dinglichen Sonderrechte. An deren Stelle treten obligatorische Ansprüche gegen die Gemeinschaft. Ob man erklärt, das Vermögen stehe im Gesamteigentum aller Gesellschafter oder die Gemeinschaft der Gesellschafter — die Gesellschaft — sei als Rechtsträger zu betrachten, die Rechtslage ist genau dieselbe[2]).

Ein grundlegender Strukturunterschied zwischen Kollektivgesellschaft und G.m.b.H. besteht somit nicht. Nur fordert das Gesetz bei der G.m.b.H. eine etwas stärkere Betonung der Gesellschaft als rechtlicher Einheit. Der Richter muß sich vor Extremen hüten. Er darf das starke Hervortreten der einzelnen Gesellschaftspersönlichkeit in der G.m.b.H. nicht übersehen. Einerseits haben wir die Selbständigkeit der Gesellschaft und anderseits das Individualinteresse der einzelnen Gesellschafter.

Ein großer Teil der Literatur über die G.m.b.H. steht noch auf dem Boden der Realitätstheorie[3]). Guhl und Janggen-Becker halten fest an dem grundlegenden Unterschied zwischen Handelsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit und solchen ohne Rechtspersönlichkeit. Dem Verweis auf die Kollektivgesellschaft können diese Autoren keine grundlegende Bedeutung zuerkennen. So schreibt Janggen-Becker in Art. 802, N. 1: „Die Bestimmung (Art. 802 OR) ist aus dem Wesen der G.m.b.H. auszulegen, nicht aus den Vorschriften über die Kollektivgesellschaft".

Das Recht und die Pflicht der Gesellschafter zur Geschäftsführung sind für den rechtlichen und wirtschaftlichen

---

[1]) HRegVO. Art. 79; Müller P., S. 64; vgl. Ausführungen in § 4.

[2]) Wieland I, S. 609. — Radbruch in seiner Rechtsphilosophie S. 127 und Goldschmidt, Grundfragen des rev. schweiz. Aktienrechts, 1937, S. 10 vertreten dagegen eine völlig andere Auffassung. Das Gesellschaftsvermögen fassen sie nicht mehr als Rechtsobjekt, sondern als Rechtssubjekt auf, ähnlich dem Vermögen einer Stiftung. Die Gesellschafter sollen nicht einzig alleinige Herren des Unternehmens sein. Vorläufig weist das positive Recht ihnen diese Stellung zu. — Vgl. Burckhardt, ZSRnF 21, Nr. 147, S. 67 ff.

[3]) Guhl, S. 317 und 332; Janggen-Becker, Art. 772, N 1, Art. 779, N 1.

Charakter einer G.m.b.H. wichtig. Im ersten Falle haben wir eine individualistische G.m.b.H., während wir von einer kollektivistischen G.m.b.H. sprechen, wenn die Geschäftsführung in Händen von Nichtgesellschaftern respektive von bestellten Vertretern als Angestellte ist. Selbstorganschaft gegenüber Drittorganschaft[1]). Diese Gesellschaftstypen unterscheiden sich von einander nach dem verschiedenen Verhältnis von Geschäftsführung und Mitgliedschaft[2]); wirtschaftlich gesprochen nach dem Verhältnis von Unternehmungsleitung und Unternehmungsbesitz[3]). Der Geschäftsführer vertritt grundsätzlich die Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter seine eigenen Interessen.

Ganz wesentlich für die G.m.b.H. ist die Art der Haftung. Unter Haftungsverhältnis wird das Verhältnis der Gesellschaftsgläubiger gegenüber der Gesellschaft beziehungsweise gegenüber den Gesellschaftern verstanden, also das Außenverhältnis[4]). Während im deutschen Recht die Haftungsgrundsätze des Aktienrechts zur Anwendung kommen, d. h. der einzelne Gesellschafter haftet den Gesellschaftsgläubigern überhaupt nicht, indem für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 13 dGmbHG), betont das schweiz. Recht, daß die Gesellschafter nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften (Art. 802 OR). Die unmittelbare Haftung wird insofern fast bedeutungslos, als Art. 568 OR., die entsprechende Vorschrift im Recht der Kollektivgesellschaft bestimmt, daß der einzelne Gesellschafter für Gesellschaftsschulden erst belangt werden kann, wenn er selbst in Konkurs geraten ist[5]) oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist. So ist der Gesellschafter ge-

---

1) Liefmann R., Unternehmungsformen, 3. Aufl. 1923, S. 39. — Historisch ist dies daraus zu verstehen, daß die Aktiengesellschaften zuerst nur dazu dienten, riesige Unternehmungen, wie große Bahnbauten durch private Mittel auszuführen. Die Verhältnisse waren so groß, daß eine Trennung von Mitgliedschaft und Verwaltung sich schon aus rein praktischen Gründen ergeben mußte.

2) Wieland I, S. 474 ff.

3) Liefmann, S. 20.

4) Müller Walter, S. 48.

5) Vgl. Ausführungen in Besonderer Teil, § 1, S. 141 und § 7

genüber jedem einzelnen Gläubiger der Gesellschaft haftungspflichtig[1]). Die Solidarhaft in Höhe des eingetragenen Stammkapitals stärkt in erheblichem Maße die Gläubigerposition. Eine Befreiung darf nur eintreten in dem Maße, als das Stammkapital eingezahlt[2]) und weder durch Rückleistungen noch durch den Bezug von Zinsen und zu Unrecht ausgewiesenem Gewinne vermindert worden ist (Art. 802 II OR). Gemäß Art. 568 II OR ist diese Solidarhaft zwingend. Sie besteht nicht nur bei der Auflösung der G.m.b.H., sondern auch für die infolge Veräußerung des Anteiles, Austritts oder Ausschlusses einzelner Ausgeschiedenen[3]), jedoch nur für Verbindlichkeiten, die schon im Zeitpunkt des Ausscheidens entstanden sind.

Ist das Stammkapital effektiv voll liberiert, dann haftet nur dieses. Werden die Einlagen nicht voll geleistet, dann kommt die beschränkt-persönliche Haftung in Betracht. Neben der Kapitaldeckungspflicht kennt die G.m.b.H. die subsidiäre Deckungspflicht[4]) nicht. Die Gesellschafter haften den Gesellschaftsgläubigern bis auf die Höhe des Stammkapitals; der Gesellschaft gegenüber sind sie aber nur zur Leistung ihrer Einlage verpflichtet. — Diese Regelung schützt wiederum in erster Linie den Gläubiger. Sie gewährt aber anderseits den Gesellschaftern weitgehende Freiheit für das interne Verhältnis. Deshalb können z. B. die Gesellschafter selbst bestimmen, ob sie die subsidiäre Deckungspflicht in der Form der sog. beschränkten Nachschußpflicht vorsehen wollen (Art. 777, Ziff. 2 und 803 OR). Durch eine solche vermehrte Leistung, zu der aber kein Gesellschafter gegen seinen Willen gezwungen werden kann, besteht eventuell Aussicht, den Konkurs zu vermeiden[5]).

---

[1]) In Deutschland ist der Gesellschafter nur deckungspflichtig. Vgl. auch die Ausführungen in § 15 und 18.

[2]) In diesem Falle spricht man von der gegenständlich-beschränkten Haftung. Wenn das Stammkapital nicht voll einbezahlt ist, spricht man von quantitativ-beschränkter Haftung. Kaufmann, S. 40.

[3]) Gysin, Festgabe S. 189; vgl. Grübel, S. 111 ff.; sowie Wortlaut des Art. 568 III OR.

[4]) Im Gegensatz zum dGmbHG wurde sie nicht eingeführt, weil der schweiz. Gesetzgeber mit der nur subsidären Haftung des Kollektivgesellschafters keine schlechten Erfahrungen gemacht hat. (Prot. Exp. 1925, S. 524.

[5]) Müller E., S. 35; vgl. Ausführungen in § 16, S. 118.

Die Haftung des Gesellschafters der G.m.b.H. ist eine beschränkte; demgemäß lautet der Name der Gesellschaft. Die Haftung ist aber nicht eine beschränkte im Rechtssinne [1]). Der Gesellschafter haftet nur für den nach Art. 802 OR. zu bestimmenden Betrag; für diesen aber haftet er mit seinem ganzen Vermögen [2]).

Fazit: Die G.m.b.H. definieren wir als eine körperschaftlich organisierte Verbindung von Personen oder Handelsgesellschaften mit eigener Firma und einem zum voraus bestimmten Stammkapital zu einem wirtschaftlichen Zwecke, ohne daß die Stammeinlagen als Aktien behandelt werden [3]). Jeder Gesellschafter haftet über seine Stammeinlage hinaus nach den Regeln der Kollektivgesellschaft solidarisch, aber nur bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals. Eine Befreiung der Haftung tritt nur ein in dem Maße, als das Stammkapital einbezahlt und nicht wieder durch Rückzahlungen, auch in Form ungerechtfertigter Gewinne oder Zinsen (ausgenommen Bauzinsen [4]) vermindert wurde. Unter sich sind sie nach Maßgabe ihrer Stammeinlage rückgriffsberechtigt (Art. 802 OR).

Die rechtliche Struktur der G.m.b.H. ist für das konkursrechtliche Procedere von entscheidender Bedeutung.

---

[1]) Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes I, S. 225.

[2]) Vgl. die Dissertationen über die Haftungsverhältnisse der Gesellschaft und der Mitglieder in der schweizerischen G.m.b.H. von Burckhardt, Fanconi, O. Kaufmann und Schoch.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 18, S. 126.

[4]) Art. 804 II i. Verb. m. Art. 676 II OR.
Wo Bauzinsen ausbezahlt werden, müssen die Statuten zum vorneherein eine bestimmte Höhe und den Zeitpunkt, in welchem die Ausrichtung spätestens aufhört, bezeichnen. Dieser Zeitpunkt muß kalendermäßig bestimmt werden. Eine allgemeine Klausel wie z. B. „bis zur Fertigstellung der Fabrikanlagen", wäre ungenügend. — Vgl. Müller P., S. 59.

I. Kapitel

Materielle und formelle Voraussetzungen der Konkurseröffnung

§ 4. Die Konkursfähigkeit der G.m.b.H.

Die G.m.b.H. erlangt das Recht der Persönlichkeit mit der Eintragung ins Handelsregister (Art. 783 I OR)[1]). Der Registereintrag ist rechtserzeugende condicio sine qua non für die Entstehung der G.m.b.H. Hiezu ist die Anmeldung beim HReg des Ortes bezw. des Kantons, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, nötig (Art. 780 OR). Der Handelsregisterführer hat zu prüfen[2]), ob die gesetzlichen Voraussetzungen[3]) für die Eintragung erfüllt sind (Art. 940 OR. und Art. 21 HRegVO.). Lehnt die Registerbehörde die Eintragung ab oder macht sie sich ein Versäumnis zu Schulden, kann Beschwerde geführt werden[4]). — Hat der Registerführer die Eintragung vorgenommen, so erlangt die G.m.b.H. die juristische Persönlichkeit.

[1]) Der HReg.-Eintrag hat nach Art. 9 ZGB den gleichen Beweiswert wie öffentliche Urkunden. Vgl. BGE 56 I 59.

[2]) Für die Prüfungspflicht vgl. BGE 56 I 69.

[3]) So müssen zur Erfüllung der Art. 773—778, 780 und 781 OR vor Veröffentlichung der Eintragung durch das eidgenössische Amt für das HReg das von der eidgen. Steuerverwaltung beziehbare und vorgeschriebene Formular ausgefüllt, sowie die Stempelabgaben und die Gebühren des HReg.-Amtes bezahlt sein. (BG über die Stempelabgaben vom 4. Oktober 1917; Vollziehungs-VO vom 7. Juni 1928; BG. über die Ergänzung und Aenderung der eidgen. Stempelgesetzgebung vom 24. Juni 1937 usw.) — Vgl. auch F. von Steiger, Prüfung und Eintragung der A.G. beim HReg, S. 7 ff.

[4]) Gemäß Art. 3 IV HRegVO beträgt die Frist 14 Tage von der Zustellung an gerechnet.

Als Personenverbindung mit juristischer Persönlichkeit[1] gehört die G.m.b.H. zu den körperschaftlich organisierten Personenverbindungen des Art. 52 ZGB. Soweit das OR. nicht besondere Bestimmungen enthält, ist die G.m.b.H. den allgemeinen Bestimmungen des ZGB der Art. 52 (Rechtspersönlichkeit), Art. 53 (Rechtsfähigkeit), Art. 54/55 (Handlungsfähigkeit), Art. 56 (Sitz) und Art. 393, Ziff. 4 (Beistand) unterstellt.

Als juristische Person ist die G.m.b.H. erst handlungsfähig, wenn ihre Organe Gesellschafterversammlung[2], Geschäftsführung[3] ev. Kontrollstelle[4] bestellt sind (Art. 54 ZGB). Sie ist ferner Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens, Gläubigerin der dazugehörenden Forderungen und Schuldnerin der Gesellschaftsschulden. Eine Verrechnung zwischen Forderungen der Gesellschaft und Schulden eines Gesellschafters ist daher begrifflich, mangels Identität von Schuldner und Gläubiger ausgeschlossen und bedarf im Gegensatz zum Recht der Kollektivgesellschaft gar keiner Verrechnungsverbote oder Verrechnungsbeschränkungen[5]. Als juristische Person ist die G.m.b.H. vom Wechsel der Gesellschafter unabhängig. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters neben oder an die Stelle eines alten erfordert nicht den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages wie bei der Kollektivgesellschaft, wohl aber eine Statutenänderung[6].

Ist die G.m.b.H. auch konkursfähig? Da sie juristische Persönlichkeit gemäß Art. 52 ZGB und Handlungsfähigkeit gemäß Art. 54 ZGB besitzt, ist damit auch die Anerkennung der Parteifähigeit gegeben. Sie kann durch ihre Organe vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann Subjekt im Vollstreckungsverfahren sein.

Beim Vollstreckungsverfahren unterscheidet das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG.) das System der

---

[1]) Vgl. § 3 S. 23—31.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 9, Ziff. 3, lit. a und § 14, lit. c.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 9, Ziff. 3, lit. b und § 14, lit. a.

[4]) Vgl. § 9, lit. c und § 14, lit. b.

[5]) Janggen-Becker, Art. 772, N 2.

[6]) Vgl. Scherer, in den Basler Vorträgen S. 103.

Spezialexekution (Pfändung)[1]) und das System der Generalexekution (Konkurs)[2]). Der Konkurs ist eine besondere Art der zwangsweisen Verwirklichung von Forderungen, dessen Durchführung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist[3]). Mit der Eintragung der G.m.b.H. in das Handelsregister ist den gesetzlichen Erfordernissen Genüge geleistet, d. h. die G.m.b.H. ist konkursfähig.

Die Anerkennung der Konkursfähigkeit der G.m.b.H. ist im SchKG ausdrücklich festgelegt, sowohl für die G.m.b.H. als solche, wie auch für die Gesellschafter-Geschäftsführer, in Art. 39 SchKG, durch die SchlUeB des OR unter Art. 15 „Abänderung des SchKG" abgeändert und ergänzt: Art. 39 I 7^{bis} als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772 OR) und Art. 39 I 4^{bis} als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 811 OR) und mit Art. 39 auch Art. 192 SchKG.[4]).

Spezialfälle

1. Die G.m.b.H. „in Liquidation"

Die Konkurseröffnung, wobei das konkursrechtliche Verfahren Platz greift, oder die Uebernahme durch eine Person des öffentlichen Rechts[5]) bilden nicht die einzigen Gründe, die eine G.m.b.H. zur Auflösung bringen. Die im Art. 820 Ziff. 1, 2, 4 und 5 OR. erwähnten speziellen Fälle, sowie verschiedene andere Tatsachen[6]) können die Fortführung der G.m.b.H. unmöglich machen.

---

[1]) Zu Gunsten nur e i n e s oder einzelner Gläubiger werden die Vermögensstücke des Schuldners der Vollstreckung dienstbar gemacht, „gepfändet".

[2]) S ä m t l i c h e bekanntgewordenen Gläubiger werden aus dem Erlös des g e s a m t e n Vermögens des Schuldners (Gemeinschuldners) nach Möglichkeit befriedigt. Von Overbeck, § 2.

[3]) Art. 39, 191, 192, 193 SchKG.

[4]) Vgl. Art. 817, 725 II und 803 OR.

[5]) Janggen-Becker, Art. 823, N. 26/7.

[6]) Vgl. With. S. 42 ff. — Auflösung aus öffentlichem Recht (rechtswidriger oder unsittlicher Zweck; Art. 57 ZGB). Richterliche Auflösung auf Klage eines Schuldners bei Vereinigung aller Anteile in

Die Auflösung der G.m.b.H. in Form der Liquidation wird entsprechend den Vorschriften des Art. 823 in Verbindung mit Art. 739 ff. OR durchgeführt.

Kann über eine G.m.b.H. „in Liquidation" noch ein Konkurs durchgeführt werden? Das SchKG enthält diesbezüglich keine Vorschriften. Der rechtliche Begriff „in Liquidation" gibt darüber Auskunft. Würde mit dem Beginn der Liquidation über die G.m.b.H. die Rechtspersönlichkeit untergehen, dann wäre sie im Liquidationsstadium nicht mehr konkursfähig. Die Auflösung ist nur die endgültige Aufgabe des Gesellschaftszweckes[1]). Vorerst ist sie ein rein innerer Vorgang, der erst mit der Eintragung im Handelsregister und der Publikation in die Außenwelt tritt. Die „produktive Tätigkeit" der G.m.b.H. erreicht im Liquidationsstadium ihr Ende. Dies kommt aber dem Untergang der Rechtspersönlichkeit nicht gleich[2]). Der Registereintrag, der der G.m.b.H. die Rechte und Pflichten einer juristischen Person verleiht[3]), wird mit der Eintragung des Auflösungsbeschlusses nicht gelöscht.

Diese Eintragung hat lediglich die Bedeutung, darauf hinzuweisen, daß der Gesellschaftszweck ein anderer gewor-

---

einer Hand (Art. 775 II OR). Verlegung des Sitzes ins Ausland, Umwandlung in eine andere Gesellschaft und Fusion. Vgl. Wieland II S. 230. —
Betriebseinstellung ist kein Auflösungsgrund; BGE 55 I 350.

[1]) Vgl. Müller R., S. 18.

[2]) Janggen-Becker, Art. 820, N 1.

[3]) Der Auflösungsbeschluß muß gemäß Art. 820, Ziff. 2 OR durch einen öffentlich beurkundeten Gesellschaftsbeschluß, bei dem die Mehrheit drei Viertel sämtlicher Mitglieder betragen muß, die mindestens drei Vierteile des Stammkapitals vertreten, gefaßt werden. Die Geschäftsführer sind zu dessen Anmeldung verpflichtet (Art. 821 OR.). —
Die Statuten können zwar auch eine andere Regelung treffen; z. B. die qualifizierte Mehrheit ändern, Einstimmigkeit verlangen usw.; Müller Paul, S. 52.
Vgl. auch Wipfheimer H., Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, München 1908, darin ausführlich die Identitäts- und Sukzessionstheorie, S. 84 ff. — Vgl. Janggen-Becker, Art. 820, N 4.

den ist u. daß sich die G.m.b.H., wie Jaeger[1]) es ausspricht, in einen „Abwicklungsverein" umgewandelt hat.

Da mit dem Eintrag des Auflösungsbeschlusses die G.m.b.H „in Liquidation" die Rechtspersönlichkeit nicht eo ipso verliert[2]), ist ohne weiteres ersichtlich, daß die Möglichkeit einer Konkurseröffnung auch über die G.m.b.H. „in Liquidation" gegegeben ist. Wenn man die Konkursfähigkeit in diesem Stadium verneinen würde, würde damit den Gläubigern das Recht genommen, sich zu wehren.

Es ließe sich auch die Auffassung vertreten, die Liquidationsgesellschaft sei eine neue Gesellschaft, indem die „alte" untergegangen, da sie „gestrichen" wurde (Art. 40 SchKG.). — Aber die Liquidationsgesellschaft ist identisch mit der bisherigen Gesellschaft[3]). Durch die Auflösung und den Eintritt der Liquidation wird allgemein weder am Verhältnis der Gesellschafter untereinander, noch am Verhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter gegenüber Dritten etwas geändert, ohne daß speziell aus dem neuen Zwecke ein neues Verhältnis geschaffen werden müßte.

Durch den Eintritt der Liquidation wird nur die Organisation der Gesellschaft verändert: Geschäftsführung und Vertretung[4]) gehen auf die Liquidatoren über, im übrigen besteht die Gesellschaft fort[5]).

Ist man der Anschauung, die Gesellschaft als juristische Person gehe mit dem Auflösungsbeschlusse unter, so gelangt man übrigens in Bezug auf die Dauer der Konkursfähigkeit praktisch zum gleichen Resultat, sobald man die Liquidationsgesellschaft und ihre geschäftsführenden Gesellschafter als neue, konkursfähige Schuldbetreibungssubjekte anerkennt. Diese kann mit Rücksicht auf den Eintrag ins HReg wohl nicht gut abgelehnt werden.

Der wegen der zeitlichen Bestimmung viel umstrittene

---

[1]) Jaeger E., DKO für die AG., S. 403; Henze S. 9/10; Müller Robert, S. 19; vgl. Siegwart, Art. 582.

[2]) Art. 820, 823, 738 ff. OR; Kreis S. 5; Widmer S. 18.

[3]) Janggen-Becker, Art. 823, N. 2.

[4]) Die Liquidation wird durch die Geschäftsführung besorgt, sofern sie nicht durch Statuten oder Gesellschafterversammlungsbeschluß anderen Personen übertragen wird. Müller P., S. 54.

[5]) Janggen-Becker, Art. 823, Nr. 1.

Art. 40 SchKG [1]) wurde durch den BGE 42 III 39 als nicht anwendbar auf die juristischen Personen erklärt [2]). Art. 40 SchKG bestimmt nämlich, daß die im HReg. eingetragenen Personen noch sechs Monate nach der Bekanntmachung ihrer Streichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) der Konkursbetreibung unterliegen. Solange dieser Artikel angewendet werden konnte, gab es große Verzögerungen und Verschleppungen. Die Nichtanwendbarkeit des Art. 40 SchKG. auf juristische Personen bestärkt die Bedeutung der juristischen Person und die Wirkung der Löschung des HReg.-Eintrages.

Stellt sich nachträglich nach Beendigung der Liquidation und nach erfolgter Löschung im HReg heraus, daß noch weiteres Vermögen der G.m.b.H. vorhanden ist, so ist die Gesellschaft wohl formell, aber noch nicht tatsächlich untergegangen [3]). Solange noch Gemeinschaftsvermögen da ist, besteht auch die Gemeinschaft weiter [4]). Weil Art. 40 SchKG nicht anwendbar ist, muß das Liquidationsverfahren wieder aufgenommen werden. Dazu wird die G.m.b.H. in der Regel wieder ins HReg. eingetragen werden, wodurch auch die Organe erstehen [5]). Das ist auch der Fall, wenn ungedeckte Passiven erscheinen, denen gegenüber durch Regreßansprüche der Gesellschaft noch Aktiven entstehen können. Hier handelt es sich aber um eine ungerechtfertigte Löschung [6]). Im Gegensatz zur Eintragung ist der Löschung nämlich nur deklaratorische Bedeutung beizumessen [7]). Das BGer unterscheidet scharf zwischen der Wirkung der Streichung des HReg.-Eintrages infolge Beendigung der Liquidation und der Bedeutung der Löschung wegen Schluß des Konkurses. Darnach ist die Wiedereintragung einer infolge Abschluß des Konkursverfahrens gelöschten Gesellschaft auch dann ausgeschlossen, wenn es sich nachträg-

---

[1]) Moor, S. 24; Jaeger C., Art. 40, N 1.

[2]) Huber, SJZ 1909, S. 137 vertrat als erster den Standpunkt, daß Art. 40 SchKG auf juristische Personen und Handelsgesellschaften keine Anwendung finden solle.

[3]) Vgl. auch Kreis, S. 6.

[4]) Wipfheimer, S. 118.

[5]) Wipfheimer, S. 118.

[6]) Pra. 22, Nr. 36.

[7]) Wieland II, S. 182.

lich herausstellt, daß nicht sämtliche Aktiven verwertet worden waren[1]). — Allfällig noch vorhandene Aktiven würden an das Gemeinwesen fallen[2]). — Die Stellung des BGer wurde verschiedentlich angefochten[3]).

Wenn leicht realisierbare Aktiven vorhanden sind, ist die Sachlage einfach. Dann wird im Einverständnis aller Gesellschafter ohne alle Formalitäten und ohne neue Eintragung im HReg. die Nachliquidation erfolgen.

Eine weitere Frage betrifft die Konkursfähigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter. Nach dem BGE 42 III 39 erlischt die Betreibungsfähigkeit der juristischen Person. Ob eo ipso auch die Betreibungs- resp. die Konkursfähigkeit der Gesellschafter-Geschäftsführer dahinfällt, bleibt dahingestellt. Nach SchKG untersteht der Gesellschafter-Geschäftsführer (Art. 39 I 4bis) noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Art. 40); das OR enthält keine spezielle Bestimmung außer der Haftung der Gesellschafter[4]). Die Konkursfähigkeit der Gesellschafter-Geschäftsführer nach Art. 40 SchKG ist m. E. zu bejahen in Analogie des Falles der Löschung infolge Konkurses. Im Gegensatz zur G.m.b.H. unterliegen die einzelnen Gesellschafter-Geschäftsführer ihrerseits noch während 6 Monaten (Art. 40 SchKG) der Konkursbetreibung[5]).

2. Die G.m.b.H. vor dem Eintrag

Der formelle Akt der Eintragung mit seiner konstitutiven Wirkung verleiht der G.m.b.H. Rechtspersönlichkeit. Welches Rechtsgebilde haben wir vor dem Eintrage? Ist dieses auch konkursfähig?

Die Gründung der G.m.b.H. ist eine sog. Simultangründung[6]). Die Errichtung[7]) der G.m.b.H. erfolgt durch eine

---

[1]) BGE 53 III 84; 63 III 84; Jaeger II, C. Art. 40, N 6.

[2]) BGE 56 II 192.

[3]) v. Steiger, in schweiz. A.G., VI S. 25. — Vgl. Art. 269 SchKG oder Art. 745 OR. oder Art. 57, I ZGB.

[4]) Vgl. Art. 802 OR.; Kaufmann S. 173.

[5]) Vgl. Moor für die Kollektivgesellschaft S. 25.

[6]) Wieland II S. 285; Sukzessivgründung wie bei der A.G. ausgeschlossen.

[7]) Vgl. With, ausführlich in § 3, S. 18 ff.

öffentlich beurkundete Vereinbarung der Gründer[1]). Von der Gründung ist zu unterscheiden der Vorvertrag über die Errichtung einer G.m.b.H. Diese Gründergemeinschaft hat keine Firma und ist im HReg nicht eingetragen, denn sie beabsichtigt erst, die Gründung einer G.m.b.H. zu ermöglichen. Die Gründergemeinschaft kann unter den Vorschriften der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR.) stehen. Als solche ist sie nicht eintragspflichtig, somit nicht konkursfähig. - Die G.m.b.H. vor dem Eintrag kann nicht nur eine einfache Gesellschaft sein; auch ein Auftrag (Art. 394 ff. OR) ist möglich in dem Sinne, daß ein einzelner Gesellschafter beauftragt wird, als Treuhänder sich gewisse Rechte zu sichern, von deren Erwerb die Gründung der Gesellschaft abhängig gemacht wird. — Oder wenn bestehende Kollektivgesellschaften (Art. 552 OR.), Kommanditgesellschaften (Art. 594) oder A.G. (Art. 620 OR) sich in eine G.m.b.H. umwandeln, bleiben diese Rechtsgebilde bestehen und unterliegen als solche solange der Konkursbetreibung (Art. 39 SchKG) bis zur endgültigen Entstehung der G.m.b.H.

Der G.m.b.H. vor dem Eintrag ins HReg kommt keine Konkursfähigkeit zu, weil ihr die juristische Persönlichkeit fehlt (Art. 781 I OR)[2]).

3. Die anfechtbare oder die mit Mängeln behaftete G.m.b.H.

Eine G.m.b.H. ist dann eine nichtige, wenn sie trotz Nichtbeachtung der für die Gründung im Gesetz vorgeschriebenen Normativvorschriften (Art. 773—778 OR) die Eintragung ins HReg. erlangte. Das OR schweigt sich bei der G.m.b.H. darüber aus, wie die Fälle der Nichtigkeit zu be-

---

[1]) Vgl. die verschiedenen Theorien in § 3 oben S. 24. — Nach der Realitätstheorie ist der Errichtungsakt ein Rechtsgeschäft sui generis (Gierke S. 133; Janggen-Becker, Art. 779, N 1; Guhl II, S. 332. — Nach Wieland I, S. 450; II S. 286 besitzt diese Vereinbarung alle charakteristischen Eigenschaften eines Gesellschaftsvertrages. Inhalt des Gesellschaftsvertrages bilden die Statuten. — Analog Müller Walter, S. 26. — Nach Hachenburg § 11, N 1 ist die in der Entstehung begriffene Gesellschaft eine Gelegenheitsgesellschaft. — Betr. Terminologie „Gesellschaftsvertrag" oder „Statuten", vgl. Diskussion in Experten-Komm. Prot. S. 486.

[2]) Der HReg.-Eintrag hat konstitutive Wirkung (Art. 52 ZGB), Janggen-Becker, Art. 783, N 4.

handeln seien und überläßt dies der Auslegung [1]). Durch den Eintrag ins HReg. (Art. 783 I OR) erhält die G.m.b.H. die Rechtspersönlichkeit, d. h. damit ist sie auch konkursfähig. Das BGer. verleiht aber dem HReg.-Eintrag nicht nur konstitutive Wirkung, sondern läßt ihm auch mängelheilende Wirkung zukommen (BGE 64 II 280) [2]). Die herrschende Heilungstheorie hat ihren Grund im Schutze der Verkehrs- und Rechtssicherheit [3]). Wieland [4]) nimmt ohne weiteres die Bestimmung des Aktienrechtes, die Nichtigkeitsklage nach Art. 643 III und IV OR auf die G.m.b.H. über. — With [5]) lehnt die analoge Anwendung der im Aktienrechte statuierten Auflösungsklage aus Gründungsmängeln auf die G.m.b.H. ab, weil die anderweitige Bekämpfung [6]) der mangelhaften Gründungen im G.m.b.H.-Recht wesentlich wirksamer ist als im Aktienrechte, weil für die Mitglieder und die Gläubiger der G.m.b.H. kein wirkliches Bedürfnis [7]) an einer solchen Auflösungsklage besteht und weil die für das Aktienrecht in Art. III und IV OR getroffene Lösung selbst höchst unbefriedigend ist [8]). Die Begründung With's scheint mir richtig. Sie entspricht dem Wesen und der rechtlichen Natur der G.m.b.H.

Die Nichtigerklärung ist abzulehnen, wenn die Heilung des Mangels sichergestellt ist. Auf Nichtigkeit ist zu erkennen, wenn die Verstöße eine schwindelhafte Gründung verschleiern sollten [9]). Genügt im gegebenen Falle ein Mangel

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 783, N 11; im deutschen Recht wurde die nichtige Gesellschaft der Liquidationsgesellschaft (§ 75) gleichgestellt, daraus resultiert deren Konkursfähigkeit.

[2]) Vgl. auch BGE 15, S. 619 ff; BGE 33, II 161.

[3]) Gegen die Heilungstheorie des BGer: Fick, Die verschleierte und schieberhafte Gründung von Aktiengesellschaften, S. 1 ff.; Egger, Kommentar zum ZGB, Art. 52, S. 182 ff.; Hery Robert, Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der A.G.; Dissertation Freiburg, S. 71.

[4]) Wieland, II, S. 286; Janggen-Becker, Art. 783, N 11.

[5]) With, S. 92.

[6]) With, S. 18 ff.

[7]) Derselbe S. 42.

[8]) Derselbe, S. 88, 95 ff.

[9]) Janggen-Becker, Art. 783, N 14.

nicht zur Nichtigerklärung, so kann der benachteiligte Gesellschafter nach Art. 822 OR auf Austritt klagen. Nach Art. 820, Ziff. 4 OR kann zudem der Gesellschafter die G.m.b.H. zur Durchführung der Liquidation mit nachfolgender Löschung zwingen.

Es gibt keine nichtige G.m.b.H., weil der einmal erfolgten Eintragung im HReg konstitutive Wirkung zukommt. Eine G.m.b.H., die unter unrichtigen oder mangelnden Voraussetzungen die Eintragung ins HReg erlangte, ist somit auch konkursfähig.

§ 5. Die Konkursgründe

Ein Konkurs ist dann und nur dann zu eröffnen, wenn inbezug auf die G.m.b.H. und ihr Vermögen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen überhaupt eine Konkurseröffnung erfolgen kann[1]). Zur Herbeiführung eines jeden Konkurses aber bedarf es eines Konkursgrundes. Der Konkursgrund ist die Tatsache, deren Vorhandensein die Eröffnung eines Konkurses ermöglicht[2]) oder nach Blumenstein[3]) jener Tatbestand, der nach gesetzlicher Vorschrift die amtliche Liquidation des schuldnerischen Vermögens bedingt.

Allgemein unterscheidet man formelle und materielle Konkursgründe. Die meisten ausländischen Gesetzgebungen machen die Konkurseröffnung abhängig von dem Vorhandensein eines materiellen Konkursgrundes. Unser SchKG anerkennt die materielle Konkursfähigkeit für einzelne Fälle, in der Hauptsache aber wird ein Konkursverfahren auf Grund eines formellen Konkursgrundes durchgeführt[4]).

Betrachten wir vorerst die formellen Konkursgründe. Wir wollen dabei untersuchen, inwiefern sie die Grundlage eines Konkurses über die G.m.b.H. bilden können.

Allgemeine Grundsätze zur Konkurseröffnung ist mit Ausnahme der in Art. 190, Ziff. 1 SchKG genannten Fälle,

---

[1]) Vor allem ist hervorzuheben, daß der Konkurs einzelner Gesellschafter an sich den Konkurs nicht begründet (Art. 793 I, und 794 OR), sowie unten im besondern Teil, I. Kapitel.

[2]) Henze, S. 21.

[3]) Blumenstein, S. 545.

[4]) Blumenstein, S. 546.

daß der Schuldner im HReg eingetragen ist (Art. 39 SchKG) oder daß seit der Löschung des Eintrages die Frist von sechs Monaten noch nicht verstrichen ist (Art. 40 SchKG). Die sechsmonatige Frist findet auf die G.m.b.H. keine Anwendung, denn mit der Löschung des Eintrages, der ihr die juristische Persönlichkeit verlieh, geht sie derselben auch wieder verlustig[1]).

§ 6. Die formellen Konkursgründe

Formelle Konkursgründe sind: die ordentliche Konkursbetreibung und die Wechselbetreibung. — Es sind dies gesetzlich umschriebene Verfahren, deren erfolgreiche Durchführung den Eintritt des Konkurses zum Zweck und zur Folge haben[2]). Stets muß ihnen das sogen. Einleitungsverfahren vorausgehen. Sie schließen sich als Fortsetzung der Schuldbetreibung an das Einleitungsverfahren an, wenn der Schuldner konkursfähig[3]) ist. Wo die Forderung des Gläubigers auf einem Wechsel oder Check beruht, folgt das Verfahren der Wechselbetreibung; in den andern Fällen folgt das Verfahren der ordentlichen Konkursbetreibung.

I. Die ordentliche Konkursbetreibung

Die Voraussetzungen der ordentlichen Konkursbetreibung machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

1. Das Einleitungsverfahren[4]) muß gegen den Schuldner, über den der Konkurs eröffnet werden soll, durchgeführt sein. Bevor von der ordentlichen Konkursbetreibung gegen die G.m.b.H. die Rede sein kann, müssen die Gläubiger Betreibung gegen sie anheben, indem sie das Betreibungsbegehren stellen. — Nach Empfang des Betreibungsbegehrens stellt das Betreibungsamt der G.m.b.H. den Zahlungsbefehl zu (Art. 69 I SchKG).

Im Rechtseröffnungsverfahren geben nur die Schuldanerkennung als Grundlage der provisorischen Rechtsöffnung und die Aberkennungslage[5]) zu besonderen Bemerkungen Anlaß.

---

[1]) Vgl. BGE. 42, III 37.

[2]) Leemann, S. 18 ff.; von Overbeck, S. 35 ff.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 4, S. 32 ff.

[4]) Leemann, S. 18 ff.; von Overbeck, S. 35 ff.

[5]) Vgl. BGE 68 III 79 betr. Gerichtsstand und BGE 68 III 85 betr. die Rechtsnatur der Aberkennungsklage.

In den Fällen, wo ein zur Vertretung befugter Gesellschafter einer G.m.b.H. mit der Firma zeichnet, wird eine Schuldanerkennung für die Gesellschaft begründet und nicht für den betreffenden Gesellschafter persönlich[1]). Letzteres könnte nur eintreten, wenn die Absicht, im Namen der Firma zu handeln, nicht aus den Umständen hervorgeht. Hinsichtlich der Aberkennungsklage greift Art. 814 IV OR ein, wenn eine zur Geschäftsführung oder Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen die Aberkennungsklage erhebt inbezug auf eine Forderung, für welche die G.m.b.H. betrieben worden war. —

Für die G.m.b.H. aber ist dieser formelle Konkursgrund nicht von Bedeutung, denn sie hat kein Interesse daran, Forderungen nicht zu befriedigen und die Gläubiger auf den Weg der Zwangsvollstreckung zu verweisen. Damit würde sie einem Konkursverfahren den Weg „ebnen" und sich selbst den Todesstoß versetzen. Solange eine G.m.b.H. die Mittel hat, wird sie die geforderten Zahlungen leisten.

Ist sie aber in die schlimme Lage hineingeraten, daß sie ihre Zahlungen einstellen mußte, brauchen die Gläubiger nicht mehr einen Konkursgrund durch ein zeitraubendes Einleitungsverfahren herbeizuführen (Art. 190, Ziff. 2 SchKG).

2. Zweite Voraussetzung der ordentlichen Konkursbetreibung ist die Konkursfähigkeit des Schuldners. Ich verweise auf meine Ausführungen in § 4[2]).

Diese Eigenschaft kommt also allen und nur denjenigen Subjekten der Schuldbetreibung zu, welche in einer der in Art. 39 I SchKG bezeichneten Eigenschaften im HReg eingetragen sind[3]). Gegen alle diese Schuldner muß die Betreibung auf dem Wege der ordentlichen Konkursbetreibung oder der Wechselbetreibung fortgesetzt werden. Ausnahmen hievon bilden nur Art. 41 SchKG betr. „pfandversicherte Forderungen", Art. 43 SchKG betr. „Steuern, Abgaben" usw.; Art. 66 des „BG über gebrannte Wasser von 1932" für Steuern und Bußen; Art. 119 des „Zollgesetzes von 1925" für Zollansprüche, usw.

Umgekehrt ist die ordentliche Konkursbetreibung und Wechselbetreibung unzulässig, wenn der Schuldner nicht gemäß Art. 39 SchKG eingetragen ist.

---

[1]) Vgl. Archiv 2, 135.

[2]) Vgl. S. 32 ff.

[3]) Hagmann, S. 15.

Die Frage, ob eine nichteingetragene G.m.b.H.[1]) und deren Gesellschafter-Geschäftsführer konkursfähig oder nur auf Pfändung betreibbar seien, ist praktisch nicht von Bedeutung. Nach dem Wortlaut des Art. 39 SchKG ist das letztere anzunehmen[2]).

3. Inbezug auf die dritte Voraussetzung der ordentlichen Konkursbetreibung, eine im Wege der Konkursbetreibung vollstreckbare, geeignete Forderung, ergeben sich keine Schwierigkeiten[3]).

4. Letzte Voraussetzung der ordentlichen Konkursbetreibung ist ein für ihre Durchführung geeigneter Betreibungsort.

Wie beim Einzelschuldner fallen bei der G.m.b.H. außer Betracht zunächst der Betreibungsort der gelegenen Sache (Art. 51 II SchKG) sowie der Arrestort (Art. 272 SchKG). Nur da können die Konkursandrohung und -Eröffnung erfolgen, wo ordentlicherweise die Betreibung stattzufinden hat (Art. 52 SchKG). — Allgemeiner Betreibungsort für eine G.m.b.H. ist der Ort, wo sie ihren Sitz hat, d. h. wo sie im HReg eingetragen ist (Art. 40 II SchKG). Im OR beziehen sich auf den Sitz der G.m.b.H. die Art. 776 I, 780 I und 782; in der HRegVO die Art. 38 ff. und 69 ff.

Als Sitz wird oft ein Ort gewählt, an dem sich nicht die Verwaltung befindet, der jedoch auf Grund der kantonalen Steuergesetze die größten steuerlichen Vorteile bietet. Der in unserem Gesetze gewährte Grundsatz der freien Domizilwahl darf aber nicht zu fiktiven Geschäftssitzen mißbraucht werden[4]). Es muß immer ein Anknüpfungspunkt zu dem als Geschäftssitz gewählten Orte vorhanden sein[5]). Wenn der Sitz der G.m.b.H. sich an einem anderen Orte als demjenigen des Geschäftsbetriebes befindet, so kann sie trotzdem nur einen Gesellschaftssitz (bürgerlichen Wohnsitz), der ordentlicherweise Gerichtsstand ist, haben[6]).

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 4, Ziff. 2, S. 38.

[2]) Leemann, S. 34.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 18—21, S. 126—137.

[4]) Wieland ,II, S. 79.

[5]) Janggen-Becker, Art. 776, N 5.

[6]) BGE 53, I 127.

Wenn die G.m.b.H. nur einen Sitz hat, bildet die Bestimmung des Konkursortes keine Schwierigkeit. Konzentriert sie aber ihre Tätigkeit nicht nur auf einen Ort, d. h. ist sie an mehreren Orten tätig, — wenn sie neben der Hauptniederlassung noch Zweigniederlassungen, sog. Filialen[1]) besitzt — gestaltet sich die Ortsbestimmung schwieriger. Als Filialorte gelten diejenigen, wo die Gesellschaft außerhalb des Ortes des Gesellschafts-Sitzes selbständige Geschäftsniederlassungen besitzt[2]). — Wir müssen uns dabei fragen, ob ein Konkurs über die Hauptniederlassung auch das Vermögen der Filiale erfasse oder ob, falls das Konkursbegehren gegen eine Filiale gerichtet ist, diese allein in Konkurs fallen kann, ohne daß derselbe auch das Vermögen allfällig anderer Filialen in Mitleidenschaft zieht oder gar die Konkurseröffnung über die Hauptniederlassung bedingt. — Die Zweigniederlassung begründet neben dem Gerichtsstand des Gesellschaftssitzes einen Gerichtsstand am Orte der Zweigniederlassung für Klagen aus deren Geschäftsbetriebe[3]).

Der Konkurs ist eine Generalexekution. Das zeigt sich einerseits in der Generalität des Vollstreckungssubstrates, d. h. der Konkurs wird nicht über bestimmte einzelne Vermögensstücke (wie bei der Pfändung oder Pfandverwertung), sondern über das ganze Vermögen durchgeführt und anderseits in der Generalität des Vollstreckungsobjektes, wodurch sämtliche Aktiven und Passiven liquidiert werden[4]). — Wenn eine Filiale zahlungsunfähig geworden ist, so muß die Einleitung der Betreibung am Sitze der Hauptniederlassung geschehen, auch wenn diese mit den Verbindlichkeiten der Filiale nicht in Korrelation steht und wenn getrennte Buch- und Kassaführung besteht[5]).

Die territoriale Lage der Hauptniederlassung und der Filiale spielt eine große Rolle, denn es verhält sich nicht gleich, wenn der Sitz der Hauptniederlassung und der Filiale

---

[1]) Filiale ist eine Handelsniederlassung, die räumlich von der Hauptniederlassung getrennt ist. BGE 68 I 113; BGE 70 I 207.

[2]) Müller Paul, S. 25.

[3]) Derselbe, S. 25.

[4]) Hagmann, S. 16.

[5]) Jaeger C., Art. 46 N 9; Blumenstein, S. 177.

im Inlande liegen oder wenn der eine oder andere im Auslande ist[1]).

Mit Rücksicht auf die in die Konkursmasse gehörenden Vermögensstücke sind zwei verschiedene Prinzipien zu unterscheiden[2]): das Universalitätsprinzip, d. h. das Prinzip der Konkurseinheit, und das Territorialitätsprinzip. Vom Universalitätsprinzip als dem Prinzip der Konkurseinheit sprechen wir, wenn ein Konkursverfahren das gesamte Vermögen des Schuldners ergreift, gleichgültig, ob die einzelnen Werte im Auslande oder im Inlande liegen. Nach diesem System würde der Zweck des Konkurses als Generalexekution unbedingt am besten verfolgt. Die staatliche Justizhoheit läßt es aber nicht unbeschränkt zur Anwendung gelangen und daher muß in gewissen Fällen das Territorialitätsprinzip, wonach ein Konkursverfahren nur die Aktiven des Schuldners ergreift, die im Inlande liegen, Anwendung finden. — Intertemporale Rechtsgrundsätze kommen bei inländischen Gesellschaften nicht vor. weil es sich bei der G.m.b.H. um eine neue Gesellschaftsform handelt[3]).

a) Hauptsitz und Filiale in der Schweiz.

Unser SchKG hat den Grundsatz der Einheit des Konkurses[4]). Art. 197 SchKG lautet: Sämtliches Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, bildet, gleichviel, wo sich dasselbe befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse)[5]), die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dient. Da für das Konkursverfahren einer G.m.b.H. keine besonderen Vorschriften gelten[6]), sondern die allgemeinen im SchKG aufgestellten

---

[1]) Vgl. Schnitzer, II, S. 662.

[2]) Blumenstein, S. 553 ff.; Kohler, Lehrbuch des dKR, S. 603.

[3]) Janggen-Becker, Einl. N 6.

[4]) Jaeger C., Art. 197; Blumenstein, S. 554.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 17—21, S. 121—137.

[6]) Gerät eine G.m.b.H. mit volleinbezahltem Stammkapital in Konkurs, so wickelt sich das Konkursverfahren gleich ab wie z. B. bei einer AG. oder Kommanditgesellschaft. — Für den Fall aber, daß das Stammkapital nicht voll einbezahlt ist, bestimmt Art. 802, IV OR, daß

Normen Anwendung finden, so ist es unzweifelhaft, daß in einem Konkurs einer G.m.b.H. die Masse auch die bei den Filialen im Inlande gelegenen Vermögenswerte ergreift, d. h. daß wenn an einem Orte der Konkurs eröffnet worden ist, das Aktivvermögen sämtlicher Geschäftsniederlassungen in die Masse zu ziehen ist. Daß die Konkurseröffnung an einem anderen Orte als dem der schweiz. Hauptniederlassung unmöglich ist, bestimmt Art. 46 SchKG[1]). Dieser Artikel wurde grundsätzlich deshalb aufgestellt, um dem Prinzip der Einheitlichkeit der Betreibung zu genügen[2]).

Es findet nur ein Konkursverfahren statt (Art. 55 SchKG) und zwar am Orte der Hauptniederlassung. Ueber die Filialen werden nicht besondere Konkurse eröffnet[3]), sondern ihre Vermögenswerte in die Masse der Hauptniederlassung einbezogen. Die Filiale ist nur tätig für die Haupt-

---

der Konkursverwalter die Haftungssummen der einzelnen Gesellschafter festsetzt. Es soll also nicht wie in der Kollektivgesellschaft jeder Gläubiger auf eigene Faust vorgehen können; die Befriedigung soll vielmehr planmäßig erfolgen. Der Nationalrat hatte ursprünglich den Erlaß einer VO vorgesehen. die das Vorgehen der Konkursverwaltung näher regeln sollte, analog der im Art. 873, IV OR vorgesehenen VO über den Genossenschaftskonkurs. — Der Ständerat glaubte jedoch, daß die Verhältnisse bei der G.m.b.H. einfacher liegen als bei der Genossenschaft und strich daher bei der Differenzenbereinigung diesen Hinweis (Sten. Bull. Ständerat 1935, S. 122). — Die Verhältnisse liegen aber bei der G.m.b.H. genau so kompliziert wie bei der Genossenschaft mit persönlicher Haftung. Da für die G.m.b.H. keine Sonderregelung getroffen ist, wandte die Praxis die „VO über den Genossenschaftskonkurs vom 20. Dezember 1937" sinngemäß an, bis das BGer im Entscheide vom 4. Oktober 1944 bestimmte, daß die GenKVO nicht anwendbar ist, auch nicht analog, auf den Konkurs der GmbH (BGE. 70 III. S. 86). — Vgl. Ausführungen in § 3, Fußnote 2, S. 26.

[1]) Vgl. Schnitzer, S. 658.

[2]) Anders lautete Art. 57 des ersten bundesrätlichen Entwurfes und Art. 56 des Entwurfs der ständerätlichen Kommission, die alternativ die Betreibung am Orte der Filiale oder am Orte der Hauptniederlassung vorsahen und anderseits Art. 71 der Vorlage des BR. zur zweiten Beratung und Botschaft hiezu vom 10. Februar 1888. Vgl. Jaeger C., Art. 46, N 9; BBl. 1888, I S. 358.

[3]) Jaeger C., Art. 46, N 9; Blumenstein, S. 177.

niederlassung. Was sie durch ihre wirtschaftliche Tätigkeit erwirbt, gehört der Hauptniederlassung[1]).

b) Hauptsitz in der Schweiz und Filiale im Ausland

Im internationalen Verkehr anerkennt das SchKG den Grundsatz der Universalität und Attraktivkraft des Konkurses nicht, in dem Sinne, daß keine Verpflichtung anerkannt wird, in der Schweiz gelegene Gegenstände in einem ausländischen Konkurse abzuliefern. In einem Konkursverfahren, das sich gegen eine G.m.b.H. richtet, die den Hauptsitz in der Schweiz hat und deren Filialen im Auslande liegen, muß das Begehren am Orte der Hauptniederlassung eingereicht werden (Art. 46 SchKG). Entsprechend dem Universalitätsprinzip müßten auch die Vermögen der im Ausland gelegenen Filialen als Bestandteile der Masse in Betracht fallen. — Im internationalen Verkehr kann das Einheitsprinzip nicht Anwendung finden. Die staatliche Vollstreckungsmacht hat ihre Schranken in den Grenzen des Staatsgebietes[2]). Der Staat besitzt nicht die Macht, über sein Gebiet hinaus Exekutionsmaßnahmen nach den Vorschriften seiner Rechtsordnung vorzunehmen. Auch kann er das Universalitätsprinzip nicht über sein Rechtsgebiet hinaus als anwendbar erklären. Die Gesetzgebung wird daher gezwungen, von ihrem Grundsatz abzuweichen und sich dem Territorialitätsprinzip zuzuwenden, wonach ein Konkurs nur das im Inland gelegene Vermögen ergreift. Die Schweiz hält sich strenge an das Prinzip der Territorialität[3]), von zwischenstaatlichen Regelungen abgesehen. Eine Ausnahme ist jedoch für unkörperliche Gegenstände namentlich Forderungen der Gemeinschuldnerin zu machen. Rechte des Kridaren werden dort als existent und verwertbar betrachtet, wo dieser seinen Wohnsitz hat[4]). Forderungen und Ansprüche der G.m.b.H. gegen im Ausland wohnende Schuldner können in die inländische Masse gezogen werden[5])

---

[1]) Eine Ausnahme bildet Art. 50, I SchKG; vgl. Jaeger C., Art. 197, N 5.

[2]) Jaeger C., Art. 197, N 5; Schnitzer II, S. 658.

[3]) Vgl. Kritik des 49. schweiz. Juristentages 1911: SJZ S. 92.

[4]) Meili, S. 89; BGE 31 I 37.

[5]) Kohler, S. 614 (Lehrbuch).

Der inländische Konkursverwalter ist berechtigt, diese im Auslande klageweise geltend zu machen.

Wo das Territorialitätsprinzip Geltung hat, muß über die im Ausland liegenden Vermögensstücke des Schuldners ein Konkurs gemäß den Vorschriften durchgeführt werden, die in diesem Staatsgebiete gelten. Daß dadurch die Durchführung einer Zwangsvollstreckung wesentlich erschwert wird, ist leicht ersichtlich, denn statt eines einzigen Konkurses müssen zwei oder mehr Verfahren eingeleitet werden.

Mit diesem erwähnten Grundsatze wird nicht gesagt, daß auf die Einbeziehung von Vermögen, das im Ausland liegt, in die schweiz. Konkursmasse überhaupt zum vorneherein verzichtet werden müsse. Zu einem solchen Verzichte liegt keine Veranlassung vor und auch der Wortlaut Art. 197 SchKG bietet keinen Anhaltspunkt. Es soll somit versucht werden, auch das im Ausland liegende Vermögen in die Konkursmasse einzubeziehen. Gegenüber denjenigen Staaten, die auf dem Boden des strengen Territorialitätsprinzipes stehen, ist dieser Versuch allerdings zum voraus aussichtslos.

Darüber, daß das schweiz. Konkurserkenntnis nicht ohne weiteres auch den Konkurs über das im Auslande liegende Vermögen nach sich zieht, bestehen keine Meinungsverschiedenheiten. Es kann jedoch unter Umständen einen Antrag auf Eröffnung desselben begründen. — Es steht auch nichts im Wege, daß die inländischen Gläubiger eventuell für den Ausfall im inländischen Konkurse auf das im Ausland gelegene Vermögen Exekution erlangen; dafür ist aber das ausländische Recht maßgebend.

In Anbetracht der großen Vorteile, die das Universalitätsprinzip in sich schließt, haben einige Staaten das Territorialitätsprinzip verlassen und durch staatsvertragliche Abmachungen bestimmt, daß auch im internationalen Verkehr das Prinzip der Konkurseinheit in engerem oder weiterem Umfange gelten solle[1]). Das ist für die ganze Schweiz verbindlich geschehen gegenüber Frankreich durch den am 15. Juni 1869 abgeschlossenen Vertrag über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen[2]). Der Vertrag bestimmt, daß über einen Schuldner, der in beiden Vertrags-Ländern Vermögen hat, nur e i n Konkursverfahren

---

[1]) Jaeger C., Art. 197, N 5.

[2]) AS. 9, S. 1008, vgl. Schnitzer II S. 665.

durchgeführt werden soll. Handelt es sich um einen Schuldner der in einem Vertragsland die Hauptniederlassung und im andern die Filiale hat, so ist das Begehren immer am Orte der Hauptniederlassung einzureichen [1]). Sofern ein Konkurs über eine G.m.b.H. eröffnet wird, die die Filiale in Frankreich hat, setzt sich die zur Gläubigerbefriedigung dienende Konkursmasse der Hauptniederlassung in der Schweiz aus dem Vermögen der Hauptniederlassung und dem der Filiale zusammen. Inbezug auf die im anderen Vertragsstaate gelegenen Vermögenswerte des Schuldners wird unterschieden zwischen Mobilien und Immobilien. Handelt es sich um Mobilien, so soll der Erlös unter die Berechtigten nach den Gesetzen des Landes, des Ortes der gelegenen Sache ungeteilt in die Masse fallen; handelt es sich aber um Immobilien, so soll der Erlös unter die Berechtigten nach den Gesetzen des Landes, wo die Immobilien liegen, verteilt werden [2]).

Wo die staatliche Justizhoheit ein Abweichen vom Einheitsprinzip fordert, ist die Schweiz nicht berechtigt, im Ausland liegende Vermögenswerte in die inländische Masse einzuziehen. Die Konkursmasse braucht, wie schon oben angeführt, auf im Auslande liegendes schuldnerisches Vermögen nicht zu verzichten; nach Art. 27 I KVO müssen alle im Ausland gelegenen Vermögensstücke in das Inventar aufgenommen werden.

c) Hauptsitz im Ausland und Filiale in der Schweiz

Um konkursfähig zu sein, müssen vorgängig die Fragen der Anerkennung, der Registerpflicht, der Rechts- und Handlungsfähigkeit ausländischer Gesellschaften mit Zweigniederlassung in der Schweiz nach dem geltenden OR erfüllt sein. Die Schweiz stellt nach Art. 14 der SchlUeB des OR ab auf das Recht des Sitzes [3]), im Gegensatz zu der neueren Affassung, die auf die Ver-

---

[1]) Jaeger C., Art. 55, N 5.

[2]) Blumenstein, S. 557.

[3]) Vgl. von Bar, in „Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts", S. 346 oder Kaskels „Encyklopedie der Rechts- und Staatswissenschaft", S. 69.

leihung[1]) der Rechtspersönlichkeit abstellt. Der Begriff des Sitzes ist ein Rechtsbegriff, der die Bestimmung des örtlich anwendbaren Rechts voraussetzt. So ist bei der Sitzverlegung nach der Schweiz zu prüfen, ob die ausländische Gesellschaft nach dem Recht des bisherigen Sitzes das Recht der Persönlichkeit besitze (Art. 50 HRegVO)[2]).

Ist den Vorschriften unseres Gesetzes Genüge getan, gilt für die G.m.b.H. mit Hauptsitz im Ausland und Filiale in der Schweiz der Grundsatz des oben unter lit. b Gesagten. — Wenn staatsvertragliche Abmachungen die Einheit des Konkurses gestatten, ist das Begehren, auch wenn es sich gegen eine Filiale in der Schweiz richtet, am Sitze der Hauptniederlassung einzureichen[3]). Bestehen keine solchen Abmachungen, dann muß gemäß Art. 50 SchKG die Vollstreckung der Forderung gegen die Filiale an deren Sitz vorgenommen werden. Hat diese ausländische G.m.b.H mehrere Filialen in der Schweiz, so ist der Sitz der Hauptfiliale Betreibungsort[4]). Immer kann der Konkurs aber n u r a n e i n e m O r t e (Art. 55 SchKG) erfolgen[5]).

---

[1]) Die Verleihung wird nicht bloß im Sinne eines besonderen Verwaltungsaktes, sondern im Sinne einer Verleihung durch Rechtssatz aufgefaßt. Vgl. Schnitzer I., S. 143 ff.

[2]) Vorbehalten bleiben noch die Grundsätze des Ordre public, Art. 52 ZGB.

[3]) Vgl. Schnitzer II., S. 665.

[4]) Auf Grund des Universalitätsprinzipes erfaßt die Konkurseröffnung über eine Filiale, die Vermögensmassen der übrigen.

[5]) Es ist im Interesse der einfacheren Rechtsanwendung zu wünschen, daß die Versuche, die in der Fünften Haager Privatkonferenz für eine kollegiale internationale Einigung auf Grund des Prinzips des Universalkonkurses angestrebt wurden, weitergeführt und verwirklicht werden. Vgl. JW 1926, S. 311.

II. Die Wechselbetreibung

Nach Art. 177 I SchKG kann die Wechselbetreibung[1] verlangt werden für Forderungen, die sich auf einen Wechsel oder Check gründen (auch wenn diese Forderungen pfandversichert sind), sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt.

Weil die G.m.b.H. konkursfähig ist, kann eine Wechselbetreibung gegen sie angehoben werden, wenn die geltend gemachte Forderung den vorausgesetzten Erfordernissen entspricht und die G.m.b.H. durch ihre Unterschrift als Aussteller, Indossant oder Wechselbürge wechselmäßig haftbar gemacht werden kann[2]). Zur Begründung der wechselmäßigen Haftung der Gesellschaft ist die Firma nötig. Die Natur des Wechsels läßt keine andere Lösung zu[3]). Zeichnet ein vertragsberechtigter Gesellschafter oder ein Geschäftsführer persönlich, so wird nur er wechselmäßig persönlich haftbar, selbst dann, wenn die Zeichnung im Interesse der G.m.b.H. erfolgte. Immerhin kann eine solche im Interesse der Firma erfolgte Zeichnung als Schuldanerkennung zur Erteilung provisorischer Rechtsöffnung gegen die Gesellchaft dienliche Grundlage sein, sofern klar ist, daß das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft die Firma betrifft[4]).

Soweit hinsichtlich der betreibungsrechtlichen Voraussetzungen der Wechselbetreibung für die G.m.b.H. Besonderheiten gegeben sind, werden sie unten in § 8 II „Verfahren der Wechselbetreibung" behandelt[5]). Die G.m.b.H. hat kein Interesse daran, ihre Wechselverbindlichkeiten nicht einzulösen und dadurch die Konkurseröffnung zu bewirken. Wenn sie nicht mehr zahlen kann, sei es, daß eine

---

[1]) Vgl. Riemer J.: Die Wechselbetreibung nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1924; Grünhut, Wechselrecht I.; Leemann, S. 37.

[2]) Jaeger C., Art. 178, N 1.

[3]) Grünhut, I., S. 321 ff.

[4]) Jaeger C., Art. 82, N 4 und 182 N 9/10.

[5]) Vgl. unten S. 67 und S. 71.

Ueberschuldung vorliegt oder daß sie ihre Zahlungen eingestellt hat (Art. 190 II SchKG), so begründen diese Tatsachen einen Konkursgrund, der die Eröffnung des Verfahrens ohne vorgängige Betreibung rechtfertigt. Es genügt die Glaubhaftmachung[1]) dieser konkursbegründenden Tatsache, um den Konkurs über die G.m.b.H. zu eröffnen. Für den Fall, daß eine G.m.b.H. doch auf dem Wege der Wechselbetreibung zur Bezahlung einer Verbindlichkeit herangezogen wird, kommen für die Durchführung des Verfahrens die im SchKG Art. 177—189 enthaltenen Vorschriften zur Anwendung[2]).

§ 7. Die materiellen Konkursgründe

Im Unterschiede zu den formellen Konkursgründen sind die materiellen Konkursgründe von größeerr Bedeutung für die Ermöglichung einer Konkurseröffnung über die G.m.b.H. Das Vorhandensein eines solchen materiellen Konkursgrundes läßt die Konkurseröffnung ohne Durchführung eines Einleitungsverfahrens zu. Das SchKG beschränkt die materielle Konkursmäßigkeit nicht auf die beidenFälle der Insolvenz und Insuffizienz, die den meisten ausländischen Gesetzgebungen als die alleinigen materiellen Konkursgründe bekannt sind[3]). Auch in einer bestimmten Handlungsweise des Schuldners kann die Voraussetzung zu einer Konkurseröffnung liegen und diese in Art. 190 Ziff. 1 SchKG aufgezählten Tatsachen, deren Vorhandensein ein Konkursverfahren über einen Schuldner, auch wenn er nicht im HReg. eingetragen ist, rechtfertigen, gelten in den ausländischen Gesetzgebungen als ein beweiskräftiges Indiz für das Vorliegen eines von ihnen bezeichneten Konkursgrundes[4]).

Soll über eine G.m.b.H. auf Grund von Art. 190 SchKG der Konkurs eröffnet werden, so ist natürlich ein Begehren von Seiten eines Gesellschaftsgläubigers notwendig. Ein Privatgläubiger vermöchte nichts zu erreichen. In Art 190 I SchKG. wird nämlich die Legitimation der Stellung des Konkursbegehrens von der Gläubigereigenschaft abhängig

---

[1]) Jaeger C., Art. 190, N 2; vgl. Kreis, S. 10.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 8, II., S. 67.

[3]) Henze, S. 24.

[4]) Leemann, S. 45.

gemacht. Der Gesuchsteller muß also nachweisen oder wenigstens glaubhaft machen, daß ihm ein Anspruch gegen den fallit zu erklärenden Schuldner zustehe. Wir werden sehen, daß umgekehrt die Gesellschaftsgläubiger neben den Privatgläubigern berechtigt sind, die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung über das Privatvermögen der Gesellschafter zu verlangen.

Im Folgenden ist nun zu untersuchen, in welcher Weise die in SchKG Art. 190 vorgesehenen Konkursgründe auf die G.m.b.H. Anwendung finden.

1. Unbekanntheit des Aufenthaltsortes
(Art. 190 Ziff. 1 SchKG)

Dieser Konkursgrund kommt für die G.m.b.H. wohl kaum in Betracht. Denn seiner Natur nach findet er nur Anwendung auf physische Personen[1]). Die G.m.b.H. entsteht rechtlich erst durch den Eintrag im HReg. Ihr Sitz ist somit immer leicht zu ermitteln. Die konkursbegründende Tatsache, die durch die Unbekanntheit des Aufenthaltsortes geschaffen wird, kann somit für die G.m.b.H. nicht in Betracht kommen.

2. Zahlungspflicht
(Art. 190 Ziff. 1 SchKG)

Da dieser materielle Konkursgrund auf juristische Personen anwendbar ist[2]), ist er auch für die G.m.b.H. nicht ohne Bedeutung. Es wird zwar sehr selten vorkommen, denn eine G.m.b.H. kann nicht fliehen wie eine physische Person. Zahlungsflucht kann vorliegen, wenn der Sitz der Gesellschaft ins Ausland verlegt wird[3]). Ueber eine juristische Person muß der Konkurs stets an ihrem Sitze eröffnet werden. Durch die Verlegung des Geschäftssitzes ins Ausland[4]) kann für die Gläubiger eine Erschwerung des Rechtsweges eintreten, denn eine Betreibung erfolgt nun nicht mehr nach dem inländischen Recht, sondern die Gesetze jenes Landes,

---

[1]) Jaeger C., Art. 190, N 6.

[2]) Jaeger C., Art. 190, N 7.

[3]) Leemann, S. 58.

[4]) Eine Verlegung innerhalb der Schweiz begründet keine Zahlungsflucht; Jaeger C., Art. 271, N 9.

wo die G.m.b.H. ihren Sitz hat, kommen zur Anwendung[1]). Zur Zahlungsflucht gehört, daß die Schuldnerin in der Absicht, sich den Verbindlichkeiten zu entziehen und die Gläubiger zu schädigen, die Flucht ergriffen bzw. das Domizil nach dem Auslande verlegt hat[2]). Die Flucht der einzelnen Gesellschafter oder der geschäftsführenden Gesellschafter kommt der Flucht der Gesellschaft nicht gleich. Die G.m.b.H. selbst muß ihren Sitz ins Ausland verlegt haben mit der Absicht, ihre Gläubiger zu schädigen. Wenn eine G.m.b.H., die ihre Vermögensverhältnisse geordnet hat, ihren Sitz ins Ausland verlegt, kann in der Domizilverlegung keine Zahlungsflucht erkannt werden. Die schädigende Absicht fehlt. —

Geschieht die Domizilverlegung nach dem Ausland, weil die G.m.b.H. sich in einer mißlichen Vermögenslage befindet, so wird eher der Konkursgrund der Ueberschuldung oder der Zahlungseinstellung vorliegen[3]). Die Geltendmachung der Zahlungsflucht als Konkursgrund schließt jedoch den Vorteil in sich, daß der Konkurs am Orte eröffnet werden kann, wo die G.m.b.H. ihren letzten Sitz hatte (Art. 54 SchKG). Für die Durchführung des Konkursverfahrens gelten demnach die Bestimmungen des schweizerischen Rechtes; die Gläubiger müssen nicht in einem ausländischen Konkursverfahren ihren Anspruch geltend machen.

3. Betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger (Art. 190 Ziff. 1 SchKG)

Begrifflich findet dieser Konkursgrund auch auf juristische Personen Anwendung[4]). Für die betrügerische Handlung ist nicht erforderlich, daß im ordentlichen Strafverfahren zunächst festgestellt werde, ob ein strafrechtlicher Betrug oder Betrugsversuch vorliege. Es genügt jede Rechtshandlung, mit welcher der zahlungsunfähige Schuldner seine Gläubiger benachteiligt oder benachteiligen will[5]).

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 6, Ziff. 4, S. 44 ff.

[2]) Leemann, S. 58.

[3]) Jaeger C., Art. 190, N 11

[4]) Leemann, S. 68.

[5]) Jaeger C., Art. 190, N 8.

Die betrügerische Handlung muß gemäß Art. 190 Ziff. 1 SchKG zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen oder zu begehen versucht worden sein. — Die Hauptfälle, die diesen Konkursgrund entstehen lassen, finden wir in Art. 286 ff. SchKG, wonach bestimmte vom Schuldner vorgenommene Handlungen als anfechtbar erklärt werden[1]); namentlich kommt eine Benachteiligung der Gesellschaftsgläubiger zu Gunsten der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter in Betracht. Außerdem liegt der in Frage stehende Konkursgrund natürlich auch dann vor, wenn die Gesellschaftsgläubiger oder einzelne von ihnen benachteiligt wurden zu Gunsten anderer Gesellschaftsgläubiger oder überhaupt ohne gleichzeitige Begünstigung anderer Gläubiger.

Im Unterschied zu den oben unter Ziff. 1 und 2 genannten konkursbegründenden Tatsachen ist dieser materielle Konkursgrund von größerer Bedeutung, weil seine Voraussetzungen auch durch Handlungen der Vertretungsorgane erfüllt werden können. Die Organe begehen in der Regel die betrügerischen Handlungen; daraus kann für sie u. U. sich auch eine zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben.

4. Vermögensverheimlichung
(Art. 190 Ziff. 1 SchKG)

Dieser Konkursgrund kommt für die G.m.b.H. weniger in Betracht, weil diese regelmäßig im HReg. eingetragen und daher auf Konkurs zu betreiben ist. Denn der Gesetzgeber erklärt ausdrücklich: „Ein Gläubiger kann gegen jeden Schuldner ohne vorgängige Betreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen, der bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlichte".

Für die G.m.b.H., die als juristische Person konkursfähig ist, gilt dieser Konkursgrund allgemein nicht. Ausnahmsweise kann er aber doch Anwendung finden, denn gemäß Art. 43 SchKG erfolgt die Betreibung für Steuern, Abgaben usw.[2]), auch gegen die der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldnern auf dem Wege der Pfändung und Pfandverwertung; und insofern ist die Vermögensverheim-

[1]) Leemann, S. 73.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 6, S. 43.

lichung doch nicht vollständig ausgeschlossen. Die Vermögensverheimlichung wird in diesem Falle weniger die Veranlassung zur Konkurseröffnung geben als die eigentliche Nichterfüllung der oben erwähnten Leistungen.

5. Zahlungseinstellung
(Art. 190 Ziff. 2 SchKG)

Im Unterschied zur Vermögensverheimlichung ist der Konkursgrund der Zahlungseinstellung nur auf die im HReg. eingetragenen Schuldner beschränkt (Art. 190 Ziff. 2 SchKG), — Zahlungseinstellung liegt dann vor, wenn die G.m.b.H. den Gesellschaftsgläubigern gegenüber erklärt, sie könne ihre fälligen Forderungen nicht mehr erfüllen[1]). Allgemein wird angenommen, die Zahlungseinstellung eines Schuldners müsse, um Konkursgrund zu sein, ihren Grund in seiner Zahlungsunfähigkeit haben. Die Zahlungseinstellung der G.m.b.H. muß also auf deren Zahlungsunfähigkeit beruhen. Im Grunde genommen ist ja die Zahlungsunfähigkeit das entscheidende Moment, denn ein Schuldner wird niemals seine Zahlungen einstellen, solange er noch über Geldmittel verfügt, um die Gläubigeransprüche zufrieden zu stellen. Nach Leemann[2]) ist die Zahlungseinstellung somit die gesetzliche Dokumentierung der Zahlungsunfähigkeit.

Zahlungsunfähig ist die Gesellschaft, wenn sie mangels flüßiger Gesellschaftsmittel die Gesellschaftsschulden nicht mehr erfüllen kann[3]). Der Schuldner kann durch eine ausdrückliche Erklärung bekanntgeben, daß er seine Zahlungen eingestellt habe; doch kann die Zahlungseinstellung auch aus konkludenten Handlungen des Schuldners gefolgert werden[4]). Die ausdrückliche Erklärung sowie die Handlungen, die die Annahme der Zahlungseinstellung berechtigen, müssen vom Schuldner ausgehen, doch wird dieser auch verpflichtet, wenn an seiner Stelle ein Bevollmächtigter handelt. Bei der G.m.b.H. muß die Geschäftsführung, die

---

[1]) Gleichbedeutend sind indizierende Tatsachen, aus welchen auf die Zahlungseinstellung geschlossen werden kann.

[2]) Leemann, S. 103.

[3]) Moor, S. 31.

[4]) Jaeger C., Art. 190, N 11; Blumenstein, S. 600.

als das zuständige Organ der Gesellschaft verpflichtet, die Erklärung der Zahlungseinstellung abgeben oder die Handlungen, aus denen sie geschlossen werden kann, vornehmen.

Zahlungseinstellung liegt dann als Konkursgrund noch nicht vor, wenn die G.m.b.H. die Gläubiger nicht befriedigen kann, weil es ihr an liquiden Mitteln fehlt, obgleich ihr Vermögen ausreichen würde, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Sie kann in diese unglückliche Lage hineingekommen sein, weil die Geschäftsführung das Vermögen der G.m.b.H. in schwer realisierbaren Werten angelegt hat. In einem solchen Falle kann nicht von Zahlungseinstellung gesprochen werden, auch wenn für mehrere Forderungen umsonst Zahlung gefordert worden ist. Das Unvermögen, die Forderungen zu begleichen, ist nicht dauernd, sondern besteht nur in einem vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln. Die mißliche Lage der Gesellschaft darf nicht ausgenützt werden, um über sie den Konkurs zu eröffnen, denn die Gesellschaft kann in absehbarer Zeit in der Lage sein, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen. — Leemann[1]) nennt diesen Zustand Zahlungsstockung. Darnach wäre es unrichtig, wenn man diesen Fall der Zahlungseinstellung gleichstellen würde und in dem nicht andauernden Unvermögen, Zahlungen zu leisten, die Grundlage zu einer Konkurseröffnung als vorhanden betrachten. Die Zahlungseinstellung muß ja stets die Zahlungsunfähigkeit zur Grundlage haben[2]). Dieser Konkursgrund ist auch nicht gegeben, wenn der Schuldner, obschon im Besitze von Geldmitteln, die Zahlungen verweigert. — In der Gerichtspraxis werden Fälle der Zahlungsunfähigkeit als Zahlungseinstellung bezeichnet, auch wenn in Wirklichkeit die Voraussetzungen der Zahlungseinstellung nicht gegeben sind[3]).

Für die G.m.b.H. wird die Zahlungseinstellung selten Platz greifen, um die Grundlage zur Konkurseröffnung zu bilden, weil in den meisten Fällen über sie ein Verfahren eröffnet werden muß, bevor sie die Zahlungen eingestellt hat. Die Art. 817 und 725 OR bestimmen ausdrücklich, daß die Geschäftsführung den Richter benachrichtigen muß, wenn sich aus der Bilanz eine Ueberschuldung ergibt. Die

[1]) Leemann, S. 100.

[2]) Leemann, S. 101.

[3]) Leemann, S. 100.

Ueberschuldung kann vorliegen, auch wenn die G.m.b.H. noch zahlungsfähig ist; m. a. W., wenn sie noch über genügende Mittel verfügt, um andrängende Gläubiger zu befriedigen[1]).

6. Verwerfung oder Widerruf eines Nachlaßvertrages oder einer Stundung
(Art. 190 Ziff. 3 und Art. 309 SchKG)

Die Anwendung dieses Konkursgrundes auf die G.m.b.H. ist abhängig von der Beantwortung der Frage, ob eine G.m.b.H. als Gemeinschuldnerin einen Nachlaßvertrag abschließen kann[2]). — Wie für die andern juristischen Personen des OR ein Nachlaßvertrag möglich ist[3]), so gilt dies auch für die G.m.b.H.

Der Konkurs kann dann über die G.m.b.H. eröffnet werden, wenn innerhalb zehn Tagen, berechnet von der Bekanntmachung des Widerrufs der Stundung bzw. der rechtskräftigen Ablehnung des Nachlaßvertrages, ein Konkursbegehren eingereicht wird. — Nach Ablauf dieser Frist kann die Eröffnung der Zwangsvollstreckung nicht mehr auf der Grundlage ohne vorgängige Durchführung eines Einleitungsverfahrens verlangt werden (Art. 309 SchKG). In diesem Falle müssen die Gläubiger auf dem Wege der ordentlichen Konkursbetreibung vorgehen. —

Wenn somit die Voraussetzungen des Art. 309 SchKG vorhanden sind, können sie die Grundlage zu einer Konkurseröffnung über die G.m.b.H. werden.

7. Insolvenzerklärung
(Art. 191 SchKG)

Während die Konkursgründe, die wir unter Ziff. 1—6 betrachtet haben, eine Konkurseröffnung gestützt auf einen Antrag des Gläubigers beim zuständigen Gericht herbeiführen, wird durch den Konkursgrund der Insolvenz selbst

---

[1]) Vgl. Henze, S. 28.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 21, Ziff. 2, S. 138; Müller R., S. 30.

[3]) Jaeger C., Art. 293, N 1 a; Leemann, S. 121.
Anderer Meinung war Prof. Huber, der die Möglichkeit eines Nachlaßvertrages für AG. und Genossenschaften bestritt (Archiv Bd. 5, N 36).

dem Schuldner die Möglichkeit eingeräumt, über sein Vermögen ein Zwangsvollstreckungsverfahren zu veranlassen. Dadurch, daß sich die G.m.b.H. beim Gerichte als zahlungsunfähig erklärt, kann sie die Konkurseröffnung bewirken (Art. 191 SchKG). Während Jaeger[1]) einen Nachweis, daß wirklich Schulden bestehen, verneint, spricht sich Leemann[2]) dafür aus. — Die G. m. b. H. als juristische Person kann sich nicht selbst zahlungsunfähig erklären, anderseits muß der Schuldner selbst den Antrag stellen.

Wer ist berechtigt, für die G.m.b.H. die Erklärung abzugeben? — Als handelndes Organ der G.m.b.H. tritt die Geschäftsführung[3]) auf. Zu unterscheiden ist die Geschäftsführung im engeren und im weiteren Sinne[4]). Die Geschäftsführung im weiteren Sinne schließt zwei Funktionen in sich: einmal die Geschäftsführung im engeren Sinne, d. h. die Verwaltung der inneren Angelegenheiten[5]), dann die Vertretung der Gesellschaft nach außen im Rechtsverkehr mit Dritten. — Das geschäftsführende Organ ist somit allein befugt, Rechtsgeschäfte mit Dritten abzuschließen. Die Berechtigung bestimmt sich nach dem Umfang der Vertretungsmacht. Die Vertretungsmacht ist das Korrelat zur Geschäftsführungsbefugnis[6]). Für die Vertretung kommen die Art. 32, 34, 37 und 40 OR in Betracht, wo von den Vollmachtsverhältnissen der Gesellschafter und den vertretungsberechtigten Geschäftsführern gegenüber Dritten die Rede ist.

Welche Insolvenzerklärung ist nach innen, d. h. für die einzelnen Gesellschafter verbindlich? — Das SchKG gibt hier keine Antwort. Wir müssen daher die Lösung aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über das Verhältnis der Gesellschafter unter sich zu gewinnen suchen (Art. 811 OR).

---

[1]) Jaeger C., Art. 191, N 1.

[2]) Leemann, S. 130.

[3]) Art. 811, 814 OR.; vgl. Ausführungen in § 9, Ziff. 3, lit. b und § 11, Ziff. 2, S. 80.

[4]) Wieland, I., S. 563.

[5]) z. B. Erledigung der laufenden Geschäfte, Ueberwachung des Betriebes, Sorge für Erhaltung des Kapitals, Planung usw., Durchführung von Maßnahmen zur Förderung des Unternehmens. Widmer, S. 87 ff.

[6]) Wieland, S. 564.

— Bei der Gründung der G.m.b.H. pflegen die Gesellschafter nicht an den Konkurs zu denken. Das mag ein Grund sein, weshalb keine ausdrückliche Normierung zu finden ist. Auf alle Fälle wird es nicht in der Kompetenz der Geschäftsführung liegen, die G.m.b.H. als insolvent zu erklären[1]). Die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der G.m.b.H. wird einzig befugt sein, den Beschluß zu fassen, die Gesellschaft durch Insolvenzerklärung aufzulösen. Wenn daher die Mehrheit der Gesellschafter der Insolvenzerklärung zustimmt, so muß sich die Mehrheit fügen und der Gesellschaftskonkurs ist zu eröffnen bzw. nicht aufzuheben. Die Gesellschafterversammlung wird somit die Geschäftsführung beauftragen, beim Gerichte die Insolvenz zu erklären und die Konkurseröffnung zu begehren[2]).

Die Zahlungsunfähigkeit kann für die Gesellschaft gegeben sein, ohne daß eine Ueberschuldung vorliegt, wenn die Gelder in schwer realisierbaren Werten angelegt sind[3]). Wird es nicht möglich, ein Darlehen aufzunehmen, dann wird der Konkurs eröffnet werden müssen.

8. Ueberschuldung

(Art. 192 SchKG; Art. 817 i. Verb. m. Art. 725 OR)

Wenn Art. 192 SchKG nicht ausdrücklich die G.m.b.H. erwähnt, sondern nur die A.G. und die Genossenschaften, und wenn die SchlUeB des OR diesbezüglich auch nichts enthalten, so lassen die Art. 817 i. Verb. m. Art. 725 OR die Analogie mit der A.G. bezüglich Art. 192 SchKG zu.

Die Art. 817 und 725 OR statuieren den speziellen Konkursgrund der Ueberschuldung. Dadurch werden die Organe bei Vorliegen der Ueberschuldung verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen.

Henze[4]) führt aus, daß dieser Konkursgrund für natürliche Personen nicht notwendig ist, da die Gründe, die seine Aufnahme für die A.G. rechtfertigen, für sie nicht vorliegen. Der physische Schuldner hafte nicht wie die A.G. mit einem beschränkten Grundkapital, sondern zur Zufriedenstellung der Gläubiger könne sein gesamtes Ver-

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 11, Ziff. 2, S. 81; vgl. Kreis, S. 13.

[2]) Betr. Kollektivzeichnung BGE. 65, III. 73.

[3]) Henze, S. 32.

[4]) Henze, S. 33; vgl. Kohler, Lehrbuch, S. 96.

mögen herangezogen werden. Weiter komme der Konkurs nicht seinem Untergange gleich, wie er esf ür die juristische Person zur Folge habe und der Nachweis der Ueberschuldung sei schwieriger als bei einer juristischen Person, weil die Höhe des Haftungsobjektes nie genau ermittelt werden könne".

Ganz anders verhält es sich bei juristischen Personen. — Bei der G.m.b.H.[1]) haften die Gesellschafter nach Art. 802 OR solidarisch bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals. Das Haftungsobjekt ist hier von Anfang an genau bestimmt. Könnte nun die G.m.b.H. ihren Betrieb solange fortführen, bis sie selbst gezwungen wäre durch einen dauernden Mangel an liquiden Mitteln das Konkursbegehren zu stellen, so würde das im Wirtschaftsleben zu ganz katastrophalen Folgen führen, da ja in einem zu eröffnenden Konkurse wohl nichts mehr von Gesellschaftsvermögen vorhanden wäre. — Der Konkursgrund der Ueberschuldung hat der Gesetzgeber zum Schutze der Gläubiger und auch im Interesse der Allgemeinheit eingeführt.

Sobald die Forderungen nicht durch die Aktiven d. h. das Stammkapital nicht mehr zur Hälfte, gedeckt sind, (Art. 725 III und 817 OR) muß die Geschäftsführung den Richter benachrichtigen. Zwar hat nicht jede Ueberschuldung ein Konkursverfahren zur Folge. Das Gericht, bei dem der Antrag gestellt werden muß, kann nach freiem Ermessen den Konkurs aussprechen oder nicht und dafür andere zur Erhaltung des Vermögens dienende Anordnungen treffen, sofern ein Antrag von Seiten eines Gläubigers vorliegt, der einer Weiterführung der Gesellschaft seine Zustimmung gibt oder sobald ersichtlich ist, daß die Ueberschuldung behoben werden kann[2]).

Die Ueberschuldung wird dadurch festgestellt, indem die wahren Gesellschaftsschulden mit den wahren Aktiven verglichen werden durch Aufstellung der Bilanz. Die Geschäftsführung ist gesetzlich zur Aufstellung der Bilanz verpflichtet (Art. 805, 662 ff. und 957 ff. OR; Art. 6 BankG) Soll nun die Ueberschuldung aus der Bilanz festgestellt werden, so darf die Bilanz nicht nach den gesetzlich vorgeschriebenen Bilanzvorschriften erfolgen, die für die Jah-

---

[1]) Vgl. Kreis, S. 11 ff.; Widmer, S. 34.

[2]) Jaeger C., Art. 192, N 2.

resbilanz gelten, wo mehr der Erfolg des Unternehmens ermittelt wird[1]).

So wollen wir noch jene besondere Bilanz, aus der die konkursbegründende Tatsache der Ueberschuldung ersichtlich ist, behandeln.

ad. 8. Die Bilanz im Ueberschuldungsfalle.

Als Bilanz wird der auf Grund des Inventars zu errichtende, das Verhältnis von Aktiven und Passiven darstellende Abschluß bezeichnet[2]). Im kaufmännischen Sprachgebrauch wird unter Bilanz die Zusammenziehung des stark gegliederten Inventars verstanden. —

Die Bilanzwissenschaft unterscheidet zwei Typen: die Vermögensermittlungs- und die Erfolgsermittlungsbilanz. Wie die Namen verlauten, ist der Zweck der beiden Arten von Bilanzen nicht der gleiche. Während die Vermögensermittlungsbilanz das Vermögen ermitteln will, zeigt die Erfolgsermittlungsbilanz den Erfolg des Unternehmens seit der letzten Vermögensaufstellung. Nach Weyermann[3]) kommt es aber bei diesem auf den nachhaltigen, den dem normalen Geschäftsgang entsprechenden Erfolg an, nicht auf den durch außerordentliche Verhältnisse vorübergehend herbeigeführten Erfolg. — Der Vergleich einer Erfolgsermittlungsbilanz mit einer Veräußerungs- oder Versilberungsbilanz läßt sogleich erkennen, daß die Bewertung der beiden verschiedenen Typen verschieden sein muß. Anderseits sollte sich aber das Gesamtresultat der beiden Bilanztypen durchschnittlich nicht zu weit voneinander entfernen[4]). Hat unser Gesetzgeber wohl deshalb fast einseitig[5]) nur die Er-

---

[1]) Vgl. Kreis, S. 12.

[2]) Zimmermann, S. 19 a, Buchführung im rev. OR., Referat, gehalten am schweiz. Juristentag 1926, in ZSR. nF. 45.

[3]) Weyermann, Bilanzrecht und Bilanzzweck, in Festgabe für Eugen Huber, Bern, S. 150.

[4]) Wieland, I., S. 320.

[5]) Wären die in der Bilanzwissenschaft gepflegten, ins Uferlose grenzenden Distinktionen und Theorien ins Gesetz aufgenommen worden, würden sie dem Charakter des OR., das wie das ZGB den Stempel der Kürze und der Selbstbeschränkung trägt, widersprechen. Vgl. Siegwart, S. 200.

folgsermittlungsbilanz geregelt? — Im Allgemeinen zeigt es sich aber, daß die Erfolgsermittlungsbilanz zu einer niedrigeren Gesamteinschätzung führt als die Veräußerungsbilanz.

Die gesetzlichen Buchführungs- und Bilanzvorschriften des OR beziehen sich beinahe ausschließlich auf die Erfolgsermittlungsbilanz. Damit dient die Bilanz in erster Linie dem Interesse der Erwerbsunternehmungen selbst und weniger dem rechtlichen Schutz der Gläubiger. Und doch kann man indirekt von einem Schutz der Gläubiger sprechen, indem die Bilanz im Konkursverfahren zeigen will und auch zeigen soll, in welcher Weise die G.m.b.H. gewirtschaftet hat, welches die Gründe des Zusammenbruches gewesen sind und wohin das Vermögen gewandert ist, um es eventuell zur Konkursmasse heranziehen zu können[1]). Die Buchführungs- und Bilanzvorschriften des OR betonen somit nicht in dem Maße den Schutz der Gläubiger, wie er in den Vorschriften über die G.m.b.H. zum Ausdruck kommt[2]).

Soll die Erfolgsermittlungsbilanz als Grundlage für den Konkursgrund der Ueberschuldung Anwendung finden? — — Die verschiedene Bewertungsart der beiden Bilanztypen zeigt aber, daß die Erfolgsermittlungsbilanz nie die wahre Vermögenslage ermitteln kann[3]). Die Erfolgsermittlungsbilanz darf aus den erwähnten Gründen nicht für die Feststellung der Ueberschuldung Anwendung finden[4]). Die Pflicht der Geschäftsführung zur Benachrichtigung des Richters entsteht erst, wenn die Ueberschuldung sich als eine formell-bilanzmäßige darstellt.

Wie erfolgt nun bei der Vermögensermittlungsbilanz die Bewertung der einzelnen Aktiv- und Passivposten? — Diese spezielle Bilanz hat nicht den Gewinn zu ermitteln, sondern die wirkliche Lage des Vermögens der Gesellschaft klarzulegen. Die Aktiven und Passiven sind nach ihrem wahren Werte aufzunehmen[5]).

---

[1]) Vgl. Zimmermann, S. 8 a.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 3, S. 23 ff.; § 15, S. 96.

[3]) Weyermann, S. 152; anstatt von Vermögensermittlungsbilanz spricht man auch von Liquidations- oder Versilberungsbilanz.

[4]) Prot. Exp. Kom., S. 385; Siegwart ZSR. 45, S. 284 a; Zimmermann, S. 180 a.

[5]) Weyermann, S. 143.

a) Die Bewertung der Aktivposten

Für die gesetzlich ausdrücklich normierte Erfolgsermittlungsbilanz unterscheidet das OR in einer ersten Kategorie (Art. 665) die dauernd dem Betriebe dienenden Anlagen[1]), die höchstens zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzüglich der den Umständen angemessenen Abschreibungen in die Bilanz eingestellt werden dürfen und in einer zweiten Kategorie (Art .666) die Rohmaterialien, Fertig- und Halbfabrikate und andere zur Veräusserung bestimmte Vermögensstücke, die nach dem Kostenpreis zu bewerten sind. — Ueber die Bewertung der Wertpapiere gelten besondere Vorschriften des Bundesrates (Art. 667 III)[2]).

Im Gegensatz dazu findet sich unter den aktienrechtlichen Bestimmungen, die auch für die G.m.b.H. angewendet werden (Art. 817 I OR i. Verb. m. Art. 725 ff. OR), einzig in Art. 725 II OR eine spezielle Normierung der Bewertung der Vermögensermittlungsbilanz. Darnach ist bei begründeter Besorgnis einer Ueberschuldung die Zwischenbilanz auf Grund der Veräusserungswerte zu errichten. Der Veräusserungswert ist der objektive Verkaufswert, d. h. der Preis, den die Gesellschaft im Falle einer Veräusserung für die Gegenstände bekommt; nicht aber der subjektive Verkaufswert, d. h. der Preis, den das Unternehmen selbst aus dem Gegenstand zu erzielen hofft. Es sind somit die momentanen Verkaufswerte einzusetzen. Der Kostenpreis, d. h. die Aufwendungen, die das Unternehmen selbst zur Herstellung des Gegenstandes rechnen mußte, kommt nicht in Betracht[3])

Alles, was Vermögenswert hat, kommt auf die Aktivseite zu stehen. Stille Reserven dürfen in den einzelnen Bilanzposten nicht mehr verborgen sein[4]). Es erscheinen daher auch Aktiven, die in der gewöhnlichen Jahresbilanz nicht aufgenommen werden (Fabrikgeheimnisse) oder deren Ein-

---

[1]) Neben Grundstücken, Gebäuden, Kraftanlagen usw. gehören dazu auch Rechte, Konzessionen usw.

[2]) SchUeB. Art. 5 und Art. 6. Vgl. BRB über Bewertung der Wertpapiere in den Bilanzen der inländischen Lebensversicherungen, 21. November 1939 (A. S. 55, S. 1432) oder der BRB über die Bewertung von Obligationen usw., 14. Januar 1941 usw.

[3]) Weyermann, S. 148.

[4]) Weyermann, S. 131.

stellung auf der Aktivseite nur als sog. Promemoria-Posten mit Fr. 1.— erfolgte. Diese müssen mit dem Betrage bewertet werden, als die G.m.b.H. ein berechtigtes Interesse hat, dafür zu erhalten[1]).

b) Die Passivposten

Diese werden analog bewertet. Nur die wirklich fälligen und nicht fälligen Schulden stehen auf der Passivseite. Das einbezahlte Stammkapital und die verschiedenen Fonds, sofern diese nicht selbständige Kassen sind, werden nicht wie bei der gewöhnlichen Jahresbilanz auf die Passivseite gesetzt (Art. 668).

Die Wohlfahrtsfonds, die z. B. Krankenkassen, Fürsorgekassen, Familienausgleichskassen und andere Institutionen schaffen, sind gemäß Art. 673 OR aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden und gehören überhaupt nicht in eine Bilanz der G.m.b.H., weil ihr ja kein Eigentum daran zusteht. — Bei den nicht gesetzlichen Reservefonds ist zu unterscheiden, ob die G.m.b.H. allein das Verfügungsrecht darüber hat oder ob den Angestellten und Beamten, zu deren Wohl diese Fonds errichtet wurden, ein Rechtsanspruch daran zusteht.

Auch andere sog. verschleierte Reservefonds wie Erneuerungs- oder Delkrederefonds, die einerseits die Eigenschaft von Abschreibungskonti, anderseits diejenige von Reserven haben können, dürfen nicht in der Vermögensermittlungsbilanz sein, weil die Posten zu ihrem wahren Werte eingesetzt werden müssen[2]).

§ 8. Das Verfahren

Das formelle Konkursrecht regelt das Konkursverfahren, d. h. die Durchführung der konkurserchtlichen Liquidation. Dazu gehört vorerst die Feststellung der Konkursmasse nach ihrer Aktiven- und Passivenseite hin. Als nächstes folgt die Verwaltung der Konkursmasse im weiteren Sinne, d. h. einerseits die Sorge für die Beschaffung und Erhaltung der Konkursmasse und an-

[1]) Weyermann, S. 149.

[2]) Diese Korrektivposten sind nur Bilanzausgleichsposten. Vgl. Zimmermann, S. 67 a, Siegwart, S. 227 a.

derseits die Erwahrung und Kollozierung der als Konkursobjekt angemeldeten Forderungen. Als drittes Stadium kann die eigentliche Liquidation in Gestalt der Verwertung der sämtlichen zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstücke und der Verteilung des Erlöses an die berechtigten Gläubiger erfolgen.

Schließlich wird der Konkurs durch ein gerichtliches Schlußverfahren beendigt.

Das ganze Konkursverfahren soll nach Art. 270 SchKG binnen 6 Monaten seit der Eröffnung des Konkurses durchgeführt sein. Diese Frist kann nötigenfalls durch die Aufsichtsbehörden erstreckt werden. Sie bildet eine sog. Ausführungsfrist.

Das charakteristische Merkmal des Konkursverfahrens liegt in seiner organisatorischen Ausgestaltung, die die beteiligten Gläubiger selbst zur Leitung und Durchführung gewisser Teile des Exekutionsverfahrens herbeizieht[1]).

Wir unterscheiden das Verfahren der ordentlichen Konkursbetreibung und das der Wechselbetreibung[2]).

I. Das Verfahren der ordentlichen Konkursbetreibung

Das Verfahren zerfällt in zwei, resp. in drei Stadien: in die Konkursandrohung[3]), die Aufnahme eines Güterverzeichnisses und in die eigentliche Konkurseröffnung. — Nach Art. 162 SchKG ist die Aufnahme des Güterverzeichnisses als Sicherungsmaßnahme keine eigentliche Vollstreckungshandlung; zudem ist sie nur fakultativ. — Im Konkurse jener G.m.b.H., wo die Gesellschafter zugleich Geschäftsführer sind (sog. individualistische Form)[4]), wird die Aufnahme eines Güterverzeichnisses zur Sicherung des Gläubigers sehr oft geboten erscheinen. Die Gesellschafter werden stets mit der Versuchung zu kämpfen haben, vor der Konkurseröffnung über die G.m.b.H. das Gesellschaftsvermögen noch rasch wenn möglich zu vermindern. Je nach den Umständen können

---

[1]) Vgl. Ausführungen § 16, S. 118.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 6, S. 42 ff; § 16, S. 118.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 6, I., Ziff. 1, S. 42.

[4]) Für unsere G.m.b.H. in der Schweiz wohl der Normalfall.

beim Vorliegen solcher Handlungen natürlich die Voraussetzungen einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 Ziff. 1 SchKG), des Arrestes (Art. 291 ff. SchKG) oder der Anfechtungsklage (Art. 285 ff. SchKG) gegeben sein.

Die Konkurseröffnung[1]) erfolgt auf Grund einer Gerichtsverhandlung. Das Gericht spricht sofort die Konkurseröffnung aus, wenn nicht einer der gesetzlichen Gründe vorliegt, die entweder Abweisung des Begehrens oder Aussetzung des Erkenntnisses bewirken (Art. 171)[2]). Entscheidet der Konkursrichter auf Konkurseröffnung oder weist er das Begehren ab, so steht gemäß Art. 174 SchKG die Berufung offen an die obere kantonale Gerichtsinstanz. Die Frist beträgt 10 Tage seit Mitteilung des Konkurserkenntnisses und ist zwingend[3]). Das vollstreckbar gewordene Konkurserkenntnis wird dem Konkursamt nach Art. 176 SchKG mitgeteilt, das sofort mit der ersten Maßnahme des Konkursverfahrens (Art. 221 SchKG) in Tätigkeit tritt[4]).

Die Feststellung der Konkursmasse, der Schuldenruf, die Bestellung der Konkursverwaltung[5]) und die Aufstellung des Kollokationsplanes sind die weiteren Funktionen. Die Durchführung des eigentlichen Verfahrens geschieht durch die von der ersten Gläubigerversammlung bezeichneten, bzw. gewählten Konkursverwaltung, welcher fakultativ als eine Art Kontrollorgan ein Gläubigerausschuß beigegeben werden kann. Ist der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen, stellt die Konkursverwaltung den mutmaßlichen Konkursverlust d. h. den Ueberschuß der Passiven über die Aktiven fest.

Von großer Bedeutung ist nun für das Verfahren, ob es sich um den Konkurs einer G.m.b.H. mit voll einbezahltem

---

[1]) Das Konkursbegehren hat der Gläubiger beim Konkursrichter zu stellen. Konkursandrohung und Zahlungsbefehl sind beizulegen (Art. 166 SchKG)

[2]) Vgl. von Overbeck, S. 132 ff.

[3]) An sich keine aufschiebende Wirkung; der fakultative Suspensiveffekt ist möglich (Art. 36 SchKG)

[4]) Gleichfalls an den HReg.-Führer zur Eintragung des Konkurses und an das Grundbuchamt für Vormerkungen nach Art. 960, Z. 2 ZGB.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118.

Stammkapital handelt oder um eine G.m.b.H. mit nicht voll einbezahltem Stammkapital. Im ersten Falle kommt eine Inanspruchnahme der Gesellschafter aus der Haftung (Art. 802 OR) nicht in Frage. Die Haftung ist dann gegenständlich beschränkt [1]). — Wenn nun aber die Einlagen und damit auch das Stammkapital nicht voll liberiert sind, müssen zunächst die ausstehenden Einlagen eingefordert werden. Zwar ist die Einforderung von noch ausstehenden Einlagen grundsätzlich nur auf Grund eines besonderen Gesellschafterversammlungsbeschlusses möglich (Art. 810 II OR). Die Einlageforderung entsteht eigentlich schon mit der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages, somit wird dieser Anspruch bei Auflösung oder Konkurs der G.m.b.H. auch ohne Einforderungsbeschluß fällig [2]). — Wenn die Gesellschafter ihre Pflicht gegenüber der Gesellschaft nicht erfüllen, z. B. durch Nicht-Voll-Einzahlung der Stammeinlage, dann machen die Gläubiger ihre Ansprüche nicht nur gegen die Gesellschaft geltend, sondern auch gegen die Gesellschafter [3]). Sie verlangen Erfüllung ihrer Forderungen bis zur Haftungsgrenze nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften (Art. 802 I OR). —

In Art. 802 I OR wird aber nicht gesagt, daß ein Gesellschafter subsidär für die Einlagen des andern aufkommen müsse. Da nicht wie bei der Kommanditgesellschaft durch Art. 610 II OR eine Einwerfungspflicht besteht, mußte Absatz IV dem Art. 802 OR eingefügt werden [4]). Jeder Gesellschafter wird bei Auflösung oder Konkurs nur für den auf ihn entfallenden Teil der gesamten Haftung [5]) — auf

---

[1]) Kaufmann, S. 68.

[2]) So für die dGmbH RGE 76, S. 438; RGE 149, S. 302.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 15 und § 21, Ziff. 2.

[4]) Vgl. Sten. Bull. Ständerat (Dietschi): 1931, S. 636; 1935, t. 121. Nationalrat (Scherrer): 1934, S. 745; (Aeby) S. 746.

[5]) Gutachten von Gysin über die Planmäßigkeit der Gläubigerbefriedigung (Protokoll IV. Session, S. 40 ff.). Damit soll nicht wie in der Kollektivgesellschaft jeder Gläubiger auf eigene Faust vorgehen können. — Vgl. auch Guhl, S. 343. Kreis, S. 68 bemerkt, daß trotz der Aehnlichkeit mit der Genossenschaft die GenKVO. betr. planmäßige Verwirklichung der Haftung nur in einzelnen Bestimmungen per analogiam für einzelne zu lösende Probleme herangezogen werden dürfe.

seine Haftungssummen — belangt. Diese Einschränkung der Belangbarkeit erfolgt aber nur, um, wie Gysin sich ausdrückt, die Befriedigung der Gläubiger planmäßig zu gestalten. Grundsätzlich haften ja die Gesellschafter solidarisch (Art. 802 OR). Sie können sich deshalb nicht darauf berufen, daß sie nur für den endgültigen Konkursverlust einstehen müssen und vor dessen Festsetzung jede Inanspruchnahme ausgeschlossen sei. Für die Festsetzung der Haftungssummen ist der maximal zu erwartende Konkursverlust zugrunde zu legen. Der maximale Konkursverlust wird, soweit er die Haftungsgrenze in concreto, d. h. die Haftungsgrenze, die durch die Liquidatoren oder die Konkursverwaltung auf Grund der tatsächlichen Umstände berechnet wird, nicht übersteigt, im Verhältnis der Gesellschaftsanteile auf die einzelnen Gesellschafter verteilt. —

Betrachten wir ein Beispiel. Jener Gesellschafter, der zahlungsunfähig ist, stellt einen Verlustschein aus (Art. 149 StchKG). Die übrigen Gesellschafter werden an dessen Stelle herangezogen. In einer G.m.b.H. mit 100.000 Fr. Stammkapital beträgt die Einlage von A Fr. 20,000.—, diejenige von B Fr. 30,000.—, diejenige von C Fr. 40.000.— und die von D Fr. 10.000.—. Wenn nun auf der Einlage des A Fr. 10,000.— ausstehen, die von ihm nicht erhältlich sind, so haften B, C und D für den Konkursverlust bis zu maximal Fr. 10.000.— im Verhältnis 3 : 4 : 1. — Stellt sich bei der Einforderung heraus, daß der auf B entfallende Betrag uneinbringlich ist, oder dessen Betreibung den Abschluß des Verfahrens übermäßig verzögern würde, so wird der Anteil des B nach Art. 802 III OR auf C und D verteilt im Verhältnis 4 : 1. Wenn noch außer der Zahlungsunfähigkeit des A auch die Zahlungsunfähigkeit des B von vorneherein feststeht, so muß dessen Schuldpflicht festgestellt werden. — Die festgesetzten Summen werden vollstreckbar, sofern nicht Beschwerde erhoben wurde[1]).

Nach der Verwertung aller zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstücke und nach der Verteilung des Erlöses an die berechtigten Gläubiger wird der Konkurs durch das gerichtliche Schlußverfahren beendigt[2]).

[1]) Vgl. BGE 47, III 521.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 21 und 22, S. 137 ff.

II. Das Verfahren der Wechselbetreibung[1])

Das Verfahren der Wechselbetreibung ist summarischer geordnet als bei der ordentlichen[2]). Das Gericht spricht binnen drei Tagen nach der Anbringung des Konkursbegehrens ohne Parteiverhandlung die Konkurseröffnung aus (Art. 189 I SchKG). Es werden keine bestimmten Abweisungsgründe aufgezählt. Der Konkursrichter hat lediglich zu prüfen, ob die in Art. 188 I SchKG vorgesehenen Belege des Konkursbegehrens ordnungsgemäß vorhanden sind oder nicht[3]) Da hierzu auch die Forderungsurkunde gehört, so ist anzunehmen, daß der Schuldner dem Richter durch Urkunden den Nachweis erbringen kann, daß die Forderung infolge Tilgung oder Stundung nicht mehr oder doch im gegenwärtigen Moment nicht zu Recht besteht. Geschieht dies, so hat der Richter, weil eine gültige Forderungsurkunde gemäß Artikel 188 I SchKG nicht vorliegt, das Konkursbegehren entweder definitiv oder doch vorläufig abzuweisen[4]). Im Gegensatz zum ordentlichen Konkursverfahren ist eine Berufung gegen das Konkurserkenntnis der Wechselbetreibung ausgeschlossen. Der Art. 174 SchKG ist nicht anwendbar, weil das dem Konkursbegehren vorausgehende Verfahren (Art. 185 SchKG) genügende Garantie bietet.

Das Konkurserkenntnis wird dem Konkursamt, dem HReg-Führer und Grundbuchamt sofort mitgeteilt[5]).

§ 9. Das Antragsrecht

Da wir die Gründe, die die Zulassung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens über die G.m.b.H. rechtfertigen, betrachtet haben, wollen wir nun untersuchen, wer den Antrag auf Konkurseröffnung stellen muß, weil, wie wir bereits oben[6]) gesehen haben, nach SchKG ein Konkurs nur auf Antrag und nicht von Amtes wegen eröffnet wird[7]).

---

[1]) Riemer J., Die Wechselbetreibung nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1924; Fritzsche H., Das Wechselrecht, SJZ. 28, N 1.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 6, II., S. 52.

[3]) Blumenstein, S. 593.

[4]) Jaeger C., Art. 189, N 4.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 8, I., S. 68.

[6]) Vgl. Ausführungen in § 6, S. 42 ff.

[7]) Anders z. B. in Frankreich, wo das Konkursverfahren von Amtes wegen eröffnet wird.

1. Der Gläubiger

Der Gläubiger, dem ein Anspruch gegen die G.m.b.H. zusteht, ist berechtigt, ein Konkursbegehren zu stellen (Art. 38 SchKG). Ist der Konkursgrund durch das formell durchgeführte Einleitungsverfahren[1]) entstanden, so ist nur der Gläubiger berechtigt, das Begehren um Konkurseröffnung zu stellen, der die Konkursbetreibung angehoben hat. Im Falle der Art. 190 und 309 SchKG[2]) kann jeder Gläubiger, der im Besitze einer Forderung an die G.m.b.H. ist, beim zuständigen Gericht die Eröffnung des Konkursbegehrens stellen.

Die Legitimation besteht in der materiellrechtlichen Gläubigerqualität. Zur Stellung des Konkursbegehrens sind nur solche, aber auch alle diejenigen Gläubiger berechtigt, welche im Konkurs Befriedigung zu suchen haben, d. h. nicht nur diejenigen mit momentan fälligen Forderungen, sondern auch die mit bedingten und betagten Forderungen und mit Forderungen, die nicht auf Geldzahlung gehen (Art. 210 und 211 SchKG); auch die Pfandgläubiger (Art. 198 SchKG)[3]).

2. Der Gesellschafter

Für die Berechtigung eines Gesellschafters die Konkurseröffnung über eine G.m.b.H. zu begehren, müssen wir von der rechtlichen Stellung des Gesellschafters zur Gesellschaft ausgehen. — Die Stammeinlage bildet die Grundlage des Gesellschaftsanteils (Art. 789 OR). Daraus resultiert das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters[4]). Wie das Aktivvermögen eines Einzelkaufmanns rechtlich keine Forderung an sein Geschäft ist, so kann die Stammeinlage rechtlich nicht als Forderung an die G.m.b.H. aufgefaßt werden[5]). Vielmehr bilden die Stammeinlagen rechtlich einen Teil, nämlich den Grundstock des Gesellschaftsvermögens[6]), und sie gehören daher zur Aktivmasse. Zwar

[1]) Vgl. Ausführungen in § 6, I., Ziff. 1, S. 42 und § 8, I., S. 67.

[2]) Betrifft aber nur den Fall eines Nachlaßverfahrens außerhalb eines Konkurses.

[3]) Jaeger C., Art. 211, N 1.

[4]) Gamma, S. 15.

[5]) Bucher, S. 54; Henze, S. 42; Wieland, II S. 310.

[6]) Janggen-Becker, Art. 772, N 21.

weisen die Bilanzvorschriften (Art. 805, 662 ff., 957 ff. und 961 OR) die einbezahlten Stammeinlagen auf die Passivseite. Wirtschaftlich und bilanztechnisch ist dies natürlich durchaus richtig, denn dadurch ist ersichtlich, ob mit den Aufwendungen Gewinn erzielt wurde oder nicht[1]).

Durch die Leistung der Einlage auf das Stammkapital ist der Gesellschafter nicht Gläubiger der Gesellschaft geworden, sondern er hat damit die Mitgliedschaft erworben[2]). Für die einbezahlten Stammeinlagen kann er deshalb nicht als Gläubiger auftreten, denn diese bilden einen unveränderlichen Bestandteil des unveränderlichen Stammkapitals[3]), das als Haftungsobjekt in Betracht kommt.

Die Stellung als Gesellschafter schließt aber nicht aus, daß der Gesellschafter doch unter gewissen Umständen und Voraussetzungen als Gläubiger der G.m.b.H. in Erscheinung tritt und berechtigt ist, bei Vorliegen eines Konkursgrundes das Eröffnungsbegehren zu stellen. Die Gläubigereigenschaft, die ihm aus solchen Rechtshandlungen zusteht, gewährt auch ihm das Recht, die Konkurseröffnung zu verlangen. So nimmt er die gleiche Stellung ein wie jeder Dritte, der mit der G.m.b.H. in Rechtsverkehr getreten ist und Ansprüche gegen sie erworben hat. Dieses Gläubigerrecht stützt sich dann auf Forderungen, die ihm unabhängig von seiner Mitgliedschaft gegen die Gesellschaft zustehen. Er kann durch Abschluß von verschiedenen Rechtsgeschäften ihr Gläubiger geworden sein. Darunter fallen z. B. Mietzinsforderungen, Kaufpreis für verkaufte Sachen, Darlehen usw.

Zwar berechtigt nicht nur diese Stellung als Dritter ein Zwangsvollstreckungsverfahren über die G.m.b.H. herbeizuführen. Die Mitgliedschaft kann ein Gläubigerrecht begründen, auch wenn der Gesellschafter durch seine Stammeinlage nicht Gläubiger ist, bzw. die Kapitaleinlage des Gesellschafters keine obligatio der Gesellschaft ist[4]).

Folgende Ansprüche können außer der Stellung als Dritter den Gesellschafter zum Gläubiger legitimieren[5]):

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 8 ad 8, S. 63 ff.

[2]) Janggen-Becker, Art. 722, N 22; Gamma, S. 15.

[3]) Eine Aenderung ist nur durch Statutenänderung möglich durch Kapitalherabsetzung (Art. 788/732 ff. OR.)

[4]) Bucher, S. 54.

[5]) Vgl. Henze, S. 42.

a) Anspruch auf rückständige Honorare und Gewinnanteile (Art. 804 OR). Nachdem die Gesellschafterversammlung (Art. 810 Ziff. 4 OR) den Gewinnanteil festgesetzt und dessen Auszahlung beschlossen hat, erlangt der Gesellschafter für den auf seine Stammeinlage entfallenden Gewinnanteil ein Forderungsrecht.

b) Anspruch auf Bauzinse für seine Kapitaleinlage[1]); soweit solche berechtigt sind, kann sie der Gesellschafter als Forderung geltend machen, d. h. sie legitimieren ihn zum Gläubiger.

d) Ebenso kommen als Forderungen in Betracht, die durch Singular- oder Universalsukzession von Drittpersonen auf die Gesellschafter übergegangen sind.

e) Auch Forderungen aus Art. 814 und 718 i. Verb. m. Art. 537 und 540 OR[2]) können die Gesellschafter legitimieren. Während der Gesellschafter, solange die Gesellschaft besteht, seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen ohne Zustimmung der Mitgliedschafter weder veräußern noch zurückfordern[3]) kann, ist er berechtigt, Ersatzansprüche für Aufwendungen jederzeit geltend zu machen.

Dem Gesellschafter ist durch Art. 820 Ziff. 4 OR ausdrücklich die Möglichkeit gegeben, aus wichtigem Grunde durch Urteil des Richters die Auflösung zu verlangen, die auf Grund der entsprechenden Voraussetzungen in Form der Liquidation oder des Konkurses durchgeführt werden kann.

Die Fälle sind verschieden und wie wir gesehen haben auch zahlreich, die den Gesellschafter legitimieren, ein Zwangsvollstreckungsverfahren zu beantragen.

3. Die Gemeinschuldnerin

Nach Art. 191 SchKG steht auch der Gemeinschuldnerin selbst das Recht zu, die Konkurseröffnung zu bewirken, indem sie sich zahlungsunfähig erklärt. Die G.m.b.H. ist eine

---

[1]) Art. 777, Ziff. 8 und 802 OR.; Bauzinse dürfen nur für den in den Statuten angegebenen Zeitraum entrichtet werden, den das Unternehmen bis zum Anfang des vollen Betriebes erfordert (676 OR.)

[2]) Auslagen, Verbindlichkeiten, Verluste, Zinsforderungen usw.

[3]) Gamma, S. 18; Wieland II., S. 17 ff. und 309 ff.

juristische Person; als solche ist sie nur handlungsfähig durch ihre Organe[1]). Organe der G.m.b.H. sind: Gesellschafterversammlung, Geschäftsführung und Kontrollstelle[2]).

a) Die Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist von Gesetzes wegen das oberste Organ der Gesellschaft (Art. 801 OR). In ihr nimmt der einzelne Gesellschafter an der Willensbildung der Gesellschaft teil[3]). Sie faßt die nach Gesetz und Statuten vorgeschriebenen Beschlüsse[4]).

Kann die Gesellschafterversammlung den Konkurs beantragen? — Als Legislative tritt sie nach außen nie handelnd auf. Die Gesellschafterversammlungsbeschlüsse werden durch die Geschäftsführung als exekutives Organ zur Ausführung gebracht, analog des Verwaltungsrates der A.G. — Wenn die Gesellschafterversammlung[5]) auf Grund der von der Geschäftsführung aufgestellten Bilanz eine Ueberschuldung nach Art. 817 I OR[6]) feststellt, muß sie durch einen Beschluß[7]) die Geschäftsführung beauftragen, den Richter zu benachrichtigen oder gleich das Begehren um Konkurseröffnung einzureichen. Dieser Beschluß ist nicht ein Antrag, sondern eine Anweisung an die Geschäftsführung, den Antrag zu stellen. Die Gesellschafterversammlung hat nur eine indirekte Funktion.

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 4 und § 6, I., Ziff. 2, S. 32 resp. S. 43.

[2]) Nur als fakultatives Organ.

[3]) Müller Walter, S. 97; Gierke, S. 686 ff.

[4]) Die Statuten können auch die schriftl. sog. Urabstimmung vorsehen.

[5]) Frist für die Einladung und Traktanden beträgt 5 Tage (809 IV. OR).

[6]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 8, S. 61 ff.

[7]) Der Gesellschaftsbeschluß ist nach Feine ein sozialrechtlicher Vorgang, der dem Entschluß einer Einzelperson ähnlich ist. Erst wenn er nach außen in Erscheinung tritt z. B. durch Kundgabe der Geschäftsführer, ist er Willenserklärung. Als Willenserklärung ist er aber nicht die Summe der Einzelwillen der Gesellschafter, sondern eine Erklärung der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit (Feine, S. 516/6). Daraus zieht Feine (S. 518) den Schluß, daß sowohl die Anfechtung des Beschlusses durch die Gesellschaft, als die der Stimmabgabe unmöglich ist.

b) Die Geschäftsführung

Nach Art. 817 i. Verb. m. Art. 725 OR hat die Geschäftsführung die Pflicht, bei den im erwähnten Artikel vorhandenen Voraussetzungen den Richter zu benachrichtigen. Dieses Recht darf aber nicht ausgeübt werden, bevor nicht die Gesellschafterversammlung zuvor die Geschäftsführung ermächtigt hat. Denn schon oben[1]) haben wir festgestellt, daß die Geschäftsführung zur Stellung des Konkursantrages infolge vorliegender Insolvenz nur berechtigt ist, wenn sie durch einen dahingehenden Gesellschafterversammlungsbeschluß beauftragt worden ist. Weil die Stellung des Konkursbegehrens eine Aenderung des Gesellschaftszweckes zur Folge hat, übersteigt dieses Recht m. E. die Kompetenzen der Geschäftsführung. Nach Art. 810 Ziff. 1 und 820 Ziff. 2 OR ist aber ausdrücklich nur die Gesellschafterversammlung zuständig. Gestützt auf den Gesellschafterversammlungsbeschluß muß die Geschäftsführung den Richter benachrichtigen[2]). Im Zweifel hat die Geschäftsführung kollektive Vertretungsmacht[3]).

Erste und wesentliche Aufgabe der Geschäftsführung ist, die wirkliche finanzielle Lage der G.m.b.H. festzustellen. Nicht die Jahresbilanz gemäß Art. 805, 662 ff., 957 ff. und 961 OR ist maßgebend für die Einberufung der Gesellschafterversammlung, sondern die sog. Veräußerungs- oder Liquidationsbilanz[4]). Wenn diese die Ueberschuldung nachweist, muß die Gesellschafterversammlung durch die Geschäftsführung den Richter benachrichtigen (Art. 817 OR). Die Geschäftsführer sind verpflichtet bei ernsthafter Gefährdung des Unternehmens, wenn außerordentlich große Verluste eingetreten sind oder wenn der Geschäftsgang fortschreitend ruinös geworden ist, die Sachlage zu untersuchen und eine Zwischenbilanz zu erstellen. Die sämtlichen Gesellschafter haben einen gesetzlichen Anspruch, diese Tatsache kennen zu lernen, damit sie in der Gesellschafterversammlung die nötigen Maßnahmen treffen können, wie Weiterbetrieb mit Vortrag des Verlustes oder Abschreibung am Kapital, Aufnahme neuen Gesellschaftskapitals durch

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 7 und 8.

[2]) Wenn nicht, können die Geschäftsführer ersetzt werden (810/814 OR).

[3]) Gierke, S. 481.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 8 ad 8, S. 63.

Heraufsetzung des Stammkapitals oder durch Darlehen, Einforderung von Nachschüssen nach Art. 817 OR usw.

Bei der Einladung für die Einberufung der Gesellschafterversammlung muß als Gegenstand der Verhandlung der festgestellte Hälfteverlust angegeben werden[1]). Wenn der Entschluß der Geschäftsführung mit der Einberufung der Gesellschafterversammlung noch zuzuwarten, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gefaßt ist, trägt er weder Schuld noch Verantwortlichkeit. Schuldhafte Verzögerung macht die Geschäftsführung verantwortlich[2]).

Die Geschäftsführung kann den Richter zur Konkurseröffnung nur benachrichtigen, wenn sie von der Gesellschafterversammlung dazu beauftragt worden ist.

c) Die Kontrollstelle

Wie der Name verlautet, besteht ihre Tätigkeit in der Kontrolle. Im Unterschied zum Kontrollrecht des Gesellschafters hat die Kontrollstelle die Ueberwachungsbefugnis: doch nicht bloß als ein Recht, sondern als eine Pflicht. Sie kann jede Auskunft von der Geschäftsführung verlangen[3]). Da die Aufgabe darin besteht, Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz formell, arithmetisch und materiell zu prüfen[4]), so ist sie mit der Geschäftsführung gegenüber der Gesellschafterversammlung verantwortlich. Sie hat in unserem Falle auf die Konkurseröffnung hinzuwirken, wenn sie bei der Ausübung ihrer Amtspflichten feststellt, daß die G.m.b.H. zahlungsunfähig geworden ist. Im Unterlassungsfalle wird sie für den Schaden verantwortlich gegenüber den Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern (Art. 827, Art. 752 ff. OR). — Werden um die G.m.b.H. Zahlungsschwierigkeiten vermutet, dann muß die Kontrollstelle gründlich die finanzielle Lage zu Handen der Gesellschafterversammlung studieren u. kontrollieren. Da wird nur die sog. Präventiv-Revision[5]) der Kontrollstelle die nö-

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 814, N 6.

[2]) Janggen-Becker, Art. 814, N 11; vgl. Widmer, S. 63 ff.

[3]) BGE 54 II 25; Müller Walter, S. 92; Widmer, S. 101 ff.

[4]) Janggen-Becker, Art. 819, N 15.

[5]) Nicht allein die Abhackerei der Bucheintragungen genügt, auch eine materielle Prüfung ist nötig. Giroud, Die Praxis der Buch- und Bilanzprüfung in der Schweiz, I. Aufl. 1931, S. 69.

tige Klarheit verschaffen. Dadurch ist es der Kontrollstelle möglich, mit bestimmten Feststellungen und Anträgen der Gesellschafterversammlung zu dienen.

§ 10. Die Antragspflicht

Während für den gewöhnlichen Schuldner keine Antragspflicht besteht, bestimmt Art. 817 I i. Verb. m. Art. 725 III OR ausdrücklich, daß sobald die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, die Geschäftsführung den Richter zu benachrichtigen hat. Der Gesetzgeber hat die Antragspflicht speziell normiert, um den Gläubiger zu schützen. Sobald die Aktiven die Passiven nicht mehr decken, muß der Richter durch die Geschäftsführung benachrichtigt werden ohne Rücksicht darauf, daß die Gesellschaft noch in der Lage ist, Zahlungen zu leisten und die Aussicht besteht, eine Sanierung durchzuführen. Bei einer Verzögerung oder Verschleppung werden die verantwortlichen Organe[1]) schadenersatzpflichtig, wenn durch die verspätete Benachrichtigung an den Richter den Gesellschaftsgläubigern Schaden erwachsen ist.

Mit der Benachrichtigung des Richters wird nicht eo ipso der Konkurs ausgesprochen. Es liegt im Ermessen des Richters[2]), das Konkursbegehren gutzuheißen oder abzuweisen oder die Konkurseröffnung aufzuschieben. — Je nach der Lage wird der Konkursrichter auf Antrag der Geschäftsführung oder eines Gläubigers die Konkurseröffnung aufschieben und andere zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens dienliche Anordnungen treffen. So kann auf Grund von Art. 803 OR durch die Nachschußpflicht die G.m.b.H. wieder rekonstruiert werden. Wenn die Nachschußpflicht innerhalb drei Monaten nicht erfüllt ist, muß wiederum der Richter benachrichtigt werden (Art. 817 II OR). Wird trotz dieser Maßnahme die Ueberschuldung nicht behoben, muß der Konkursrichter gestützt auf Art. 190 Ziff. 2 SchKG den Konkurs aussprechen.

Antragspflichtig ist die Geschäftsführung (Art. 817/725 OR). Tritt die Ueberschuldung erst in einem

---

[1]) Je nach Schuld alle Organe oder nur ein einzelnes.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 13, S. 82.

außergerichtlichen Liquidationsverfahren[1]) zutage, dann geht die Antragspflicht auf die Liquidatoren über. Für die Liquidatoren gelten die gleichen Bestimmungen wie für den Geschäftsführer. Gesellschafter wie Dritte (auch juristische Personen z. B. Treuhandgesellschaften) sind als Liquidatoren zuläßig[2]). Die Anmeldepflicht besteht solange, als der Geschäftsführer oder Liquidator im Amte steht[3]). Tod, Amtsniederlegung oder Abberufung durch die Gesellschafterversammlung heben die Anmeldepflicht auf. Der genaue Zeitpunkt ist entscheidend für die Verantwortlichkeit, denn eine Pflichtverletzung wird straf- und zivilrechtlich geahndet. An Stelle der ausgeschiedenen oder abberufenen Geschäftsführer oder Liquidatoren müssen die neuerkorenen Verantwortlichen das Konkursbegehren kraft Delegation der Gesellschafterversammlung einreichen, sofern der Konkursgrund im Zeitpunkte ihres Eintritts bestanden hat[4]).

Die Bedeutung, die dem Konkursantrag zukommt, erheischt eine formrichtige Anmeldung. Die Zeichnung erfolgt mit der Firma der G.m.b.H. und der persönlichen Unterschrift des Geschäftsführers oder bei Kollektivvertretung mit der erforderlichen Anzahl[5]). Materiell wesentlich ist die persönliche Unterschrift des als Organ handelnden Geschäftsführers gemäß den allgemeinen Vorschriften der Art. 13 und 14 OR[6]) sowie die Erkennbarmachung, daß der unterzeichnete Geschäftsführer, Vertreter oder Liquidator als solcher, nicht für sich persönlich handelt[7]).

Die Folgen der Verletzung der Antragspflicht sind im Zivil- und Strafrecht normiert. Nach Art. 754 OR sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Organe, sowie die Liquidatoren (Abs. II) wegen absichtlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzung

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 4, Ziff. 1, S. 34.

[2]) Vgl. Exp. Kommission, S. 411.

[3]) Jaeger E., § 207, N 7.

[4]) Henze, S. 47.

[5]) Janggen-Becker, Art. 815, N 1.

[6]) Vgl. BGE 33 II 105.

[7]) Vgl. RGE. 116, S. 115: Die Zeichnung kann auch ohne Nennung der Firma schlüssig und somit für die GmbH. verbindlich geschehen, wenn der Vertretungswille aus dem Gegenstand, auf den die Erklärung sich bezieht, gefolgert werden muß.

für den Schaden, der dadurch entstanden ist, verantwortlich gegenüber Gesellschaft, Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern[1]). So haften die Organe, die der Anmeldepflicht trotz Kenntnis des Konkursgrundes nicht nachgekommen sind, solidarisch für den entstandenen Schaden. Die Höhe der entsprechenden Leistung richtet sich aber nicht bloß nach der von ihnen eventuell geleisteten Kaution; sondern ihr ganzes persönliches Vermögen dient den benachteiligten Gläubigern als Ersatz des Schadens, der ihnen durch die Verzögerung der Konkursanmeldung erwachsen ist[2]).

Um Zahlungen, die vor der Konkurseröffnung von der Gemeinschuldnerin geleistet worden sind, zurückfordern zu können, hat der Gesetzgeber die Anfechtungsklage (Art. 185 ff. SchKG) geschaffen. Gelingt der Konkursverwaltung die Rückleistung, so wird einerseits die Konkursmasse vermehrt und anderseits der den Gläubigern gegen die verantwortlichen Organe zustehende Schadenersatzanspruch um diesen Betrag vermindert[3]).

Auch strafrechtlich können die verantwortlichen Organe verfolgt werden. Gemäß Art. 152 StGB werden Geschäftsführer, Bevollmächtigte, Mitglieder eines Kontrollorgans, Liquidatoren einer Handelsgesellschaft mit Gefängnis oder Buße bestraft, wenn sie in Berichten oder Vorlagen an die Gesellschafterversammlung unwahre Angaben von erheblicher Bedeutung machen oder machen lassen. Dieser Tatbestand entspricht jenem. — Die Geschäftsführer resp. die Liquidatoren müssen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns getreu ihre Aufgabe ausführen.

§ 11. Der Konkursantrag

1. Eröffnungsantrag des Gläubigers

Es ergeben sich hier keine Besonderheiten.

2. Eröffnungsantrag der Gemeinschuldnerin (G.m.b.H.)

Geht der Eröffnungsantrag von der G.m.b.H. selber aus,

---

[1]) Ist die G.m.b.H. eine Bank, dann gilt Art. 51 BankG und Art. 2 des BRB betr. Abänderung des BRB über Sanierung von Banken vom 13. Juli 1937 (A. S., S. 677).

[2]) Henze, S. 48.

[3]) Jaeger, C., Art. 185, N 4.

so stellt die Geschäftsführung im Auftrage der Gesellschafterversammlung den Eröffnungsantrag. — Im Falle des Art. 191 SchKG kann ausnahmsweise die Insolvenz durch einen nichtberechtigten Vertreter der G.m.b.H. oder dann in richtiger Form aber unbegründeterweise an den Konkursrichter erklärt worden sein. Die G.m.b.H. als „Pseudokonkursantragstellerin" kann dann das Rechtsmittel der Beschwerde um Aufhebung des Konkurserkenntnisses ergreifen[1]). Daß ein nichtberechtigter Vertreter die Konkurseröffnung beim Richter erreichen wird, dürfte höchst selten zutreffen, denn dieser hat zu prüfen, ob der Antragsteller überhaupt legitimiert ist[2]). Ueber die entsprechende Berechtigung gibt das HReg Auskunft.

§ 12. Die Folgen des Konkursantrages

Das Konkursbegehren bewirkt nicht sogleich die Konkurseröffnung. Vorerst findet das sog. Ermittlungsverfahren statt, um die Rechtserheblichkeit der Konkurseröffnung zu prüfen. Sofort nach Anbringen des Konkursbegehrens werden die Parteien von dem Stattfinden der Verhandlung in Kenntnis gesetzt und aufgefordert, derselben persönlich oder in Vertretung beizuwohnen.

Für die Gemeinschuldnerin als juristische Person muß nach Art. 65 SchKG die Zustellung an die Geschäftsführung erfolgen[3]). — Die Insolvenzerklärung bedingt nicht unmittelbar die Konkurseröffnung. Nur das Gericht kann den Konkurs aussprechen. Um im Falle der eigenen Insolvenzerklärung, von der die meisten Gläubiger erst Kenntnis erhalten mit der Veröffentlichung des Konkurserkenntnisses im SHAB und in den kant. amtlichen Mitteilungsorganen, die Gläubiger zu schützen, tritt das Konkursamt sofort mit der ersten Maßnahme des Konkursverfahrens (Art. 221 SchKG) in Tätigkeit[4]).

Die Konkurseröffnung bewirkt die Auflösung der Gesell-

---

[1]) Bei Gesetzwidrigkeit Remedur durch die Appellation usw.

[2]) Jaeger C., Art. 166, N 3 und Art. 172, N 1.

[3]) Der nichtgeschäftsführende Gesellschafter ist m. E. zur Entgegennahme nicht berechtigt.

[4]) Inventaraufnahme usw.; vgl. Ausführungen in § 16.

schaft (Art. 820 Ziff. 3 OR). Das Konkurserkenntnis[1] wird dem Konkursamt, dem HReg-Führer und dem Grundbuchführer mitgeteilt (Art. 176 SchKG). Während nach dem aOR sofort die Löschung erfolgte, wird nach Art. 939 OR und Art. 64 und 66 HRegVO nur die Auflösung eingetragen. Erst nch Schluß des Konkursverfahrens, den wiederum der Richter im Schlußerkenntnisse bekannt gibt, wird die G.m.b.H. im HReg. gelöscht.

§ 13. Das Berufungsrecht

Das Konkursgericht kann entweder das Konkursbegehren gutheißen[2]), oder abweisen[3]) oder den Konkursentscheid hinausschieben, weil vielleicht Aussicht besteht, die G.m.b.H. wieder aufzurichten (Art. 803 OR durch Nachschüsse) oder wenn die Aufsichtsbehörde noch nicht über eine Beschwerde entschieden hat[4]).

Das Berufungsrecht steht sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner zu[5]). — Die G.m.b.H. als solche ist nicht handlungsfähig, weshalb an ihrer Stelle immer das verantwortliche Organ, die Geschäftsführung handeln, d. h. Berufung einlegen wird. Wenn durch die Nichteinreichung der Berufung der G.m.b.H. Schaden entsteht, so bedeutet diese Unterlassung eine Pflichtverletzung. Für diesen Schaden sind die Geschäftsführer verantwortlich und haften solidarisch. Der Rückgriff richtet sich nach dem Grade des Verschuldens.

Nach Einreichung der Berufung wird die obere Instanz entweder auf Abweisung oder Anerkennung des vom Kon-

---

[1]) Die Mitteilung erfolgt von Amteswegen; vgl. Jaeger C. Art. 176, N 3.

[2]) Die Konkurseröffnung wird ausgesprochen (Art. 171 und 175 SchK.

[3]) Im Falle der Art. 172 und 173 muß der Richter von Gesetzes wegen auf Abweisung bezw. Einstellung entscheiden. Das Begehren wird ebenfalls abgewiesen, wenn der Gläubiger die Leistung des Kostenvorschusses verweigert; oder, wenn der Richter vermutet, die Aktiven der G.m.b.H. reichen nicht aus, die Verfahrenskosten zu decken.

[4]) z. B. gegen die Konkursandrohung noch nicht entschieden, dafür aber die Einstellung der Betreibung verfügt hat (Art. 36 SchKG). Die Beschwerde hat hier Suspensiveffekt.

[5]) Jaeger C., Art. 174 N 7; die Berufungsfrist beträgt 10 Tage seit der Mitteilung des Entscheides (Art. 174 I SchKG).

kursgericht ausgestellten Erkenntnisses entscheiden. Ausschlaggebend für das Erkenntnis der oberen Instanz ist der Art. 172 SchKG. Liegt einer der im Art. 172 SchKG erwähnten Gründe vor, erfolgt die Abweisung des Konkursbegehrens; im andern Falle wird die Konkurseröffnung bestätigt. Hatte die erste Instanz auf Konkurseröffnung erkannt und die obere Instanz entscheidet in gleichem Sinne, so gilt der Konkurs als von der Stunde an als eröffnet, die im Erkenntnis des Konkursgerichtes festgesetzt wurde. Wird das Begehren abgewiesen, so ist die Möglichkeit der Konkurseröffnung aus der Geltendmachung dieser konkursbegründenden Tatsache ausgeschlossen[1]).

Die Konkurseröffnung bewirkt, wie wir oben schon gesehen haben[2]), die Auflösung der G.m.b.H. Streitig war früher die Frage, ob infolge des Konkurswiderrufs die durch Konkurseröffnung bewirkte Streichung des Schuldners im HReg rückgängig gemacht werden könne. Für die Verneinung spricht der formell-konstitutive Charakter der Eintragung im HReg. Daraus folgt, daß die Eintragung durch einen Konkurswiderruf nicht rückgängig gemacht werden kann[2]). — Für Bejahung dieser Frage könnte ein Anhaltspunkt aus der neuen Fassung des Art. 176 SchKG abgeleitet werden, aus deren Wortlaut eine Notwendigkeit der Mitteilung des Widerrufes an den HReg-Führer geschlossen werden muß.

Durch den BGE 48 III 75 hat das BGer seine Praxis geändert. Seit Einführung des rev. OR wird die Löschung des Konkurseintrages nach Art. 939 II OR und Art. 65 HRegVO von Amtes wegen und gebührenfrei rückgängig gemacht. Der Widerruf, der nach Art. 195 III SchKG öffentlich bekannt gemacht wird, bewirkt, daß die Gemeinschuldnerin ausdrücklich in die Verfügung über ihr Vermögen wieder eingesetzt wird.

---

[1]) Vgl. Goetzinger, Die Berufung gegen den Firmenkonkurs, in Festgabe für Wieland, Basel 1934, S. 121 ff.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 4 und § 12, S. 81 ff.

[3]) So noch der BGE 30 I 35.

II. Kapitel

Die Durchführung des Konkurses

I. Die Konkursbeteiligten

§ 14. Die Gemeinschuldnerin

Der Gesellschaftskonkurs bringt die Auflösung der Gesellschaft (Art. 829 Ziff. 3 OR). Mit der Konkurseröffnung geht die G.m.b.H. der Rechtspersönlichkeit nicht verlustig, denn mit der Rechtspersönlichkeit würde auch ihre Rechtsfähigkeit fallen[1]). Dem Eintrag der Konkurseröffnung kommt lediglich die Bedeutung zu, daß die G.m.b.H. aufgehört hat, ihren bisherigen Zweck zu verfolgen und jetzt nur noch zur Durchführung des Konkurses fortbesteht. Die G.m.b.H. behält weiterhin ihre Rechte und Pflichten. Sie geht erst unter, wenn der Konkurs beendet und das Liquidationsverfahren, das sich diesem anschließt, sofern noch unverteiltes Vermögen vorhanden, vollständig durchgeführt ist. Insofern erleidet die G.m.b.H. eine Einschränkung ihrer Verfügungsmacht in dem Umfange als das Vermögen zur Konkursmasse gehört. An Stelle der G.m.b.H. resp. deren Geschäftsführung verfügt nun die Konkursverwaltung[2]) über das Vermögen.

Die Konkursverwaltung ist aber kein Organ der Gesellschaft[3]), sondern deren Zwangsvertreter. Sie übt kraft gesetzlicher Ermächtigung die Gläubigerrechte für Rechnung der Konkursmasse aus und hat dabei auch die Interessen der Gemeinschuldnerin zu wahren[4]). Trotz der Einschränkung der Verfügungsmacht durch die Konkursverwaltung hat

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 4, Ziff. 1, S. 34.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118 ff.

[3]) Vgl. Bucher, S. 31; Henze, S. 57; vgl. Ausführungen in § 16.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118; Jaeger E. § 209/10, Anm. 15.

aber die G.m.b.H. alle diejenigen Rechtshandlungen vorzunehmen, die außerhalb des Machtbereichs des Zwangsvertreters liegen. Da die G.m.b.H. eine juristische Person ist, kann sie nur durch ihre Organe handelnd auftreten. Das SchKG weist aber in verschiedenen Artikeln[1]) „dem Gemeinschuldner" Rechte zu oder legt ihm Pflichten auf. Im Folgenden wollen wir die uZständigkeit und Verantwortlichkeit der verschiedenen Organe im Konkurse untersuchen.

a) Die Geschäftsführung

Die mit der Geschäftsführung betrauten Personen[2]) sind ermächtigt im Namen der G.m.b.H. alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringt (Art. 814 I i. Verb. m. Art. 718 I OR). Vorbehalten bleiben die durch Gesetz oder durch Statuten der Gesellschafterversammlung übertragenen Befugnisse, die im HReg eingetragen sind. Steht die Vertretungs- u. Zeichnungsbefugnis allen Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern gemeinsam zu, müssen alle Geschäftsführer zusammen handeln und zeichnen (Art. 811 I OR). Die Statuten können eine andere Regelung, z. B. Einzelunterschrift oder Kolletivunterschrift zu zweien oder mehr vorsehen oder die Geschäftsführung mit der Ordnung der Vertretungs-und Unterschriftsberechtigung bevollmächtigen[3]). Die Wirkung gegenüber Dritten tritt grundsätzlich erst mit der Eintragung und Veröffentlichung der Geschäftsführungsbefugnis ein (Art. 932 OR[4]).

Der Gesellschafter-Geschäftsführer genießt gegenüber dem nichtgeschäftsführenden Gesellschafter ein Sonderrecht[5]) Durch die Schaffung dieser Sonderstellung hat die

---

[1]) z. B. Art. 222, 224, 228 und 229 SchKG.

[2]) Im Unterschied zu den ursprünglichen Gesellschaftern sind jene, die nach der Gründung hinzukommen, zur Geschäftsführung nur auf Grund eines besonderen Gesellschafterbeschlusses berechtigt (Art. 811 III OR). Zum mindesten muß ein Geschäftsführer bestellt sein (Gamma, S. 54). Ein Geschäftsführer mindestens muß in der Schweiz wohnen (Art. 813 I OR). Vgl. Wieler, S. 20 ff.

[3]) Janggen-Becker, Art. 814 N 12.

[4]) Der Eintrag der Geschäftsführer hat keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Wirkung (Hachenburg § 39 A 10 a).

[5]) Gamma, S. 46.

Gesellschaft sich ihr Verwaltungsrecht selbst eingeschränkt[1]). — Jener Geschäftsführer, der nicht Gesellschafter ist, befindet sich in einem dienstvertraglichen Verhältnis[2]). Normal liegt der Fall so, daß wir entweder nur Gesellschafter-Geschäftsführer haben (individualistische G.m.b.H.), die gesellschaftsrechtlich zur Geschäftsführung gehören, oder ausschließlich nur Dritte, eventuell noch ein Gesellschafter dabei, die alle durch einen besonderen Dienstvertrag zur Geschäftsführung berufen wurden (kollektivistische G.m.b.H.)[3]). Während der Gesellschafter-Geschäftsführer nur aus wichtigem Grunde (Art. 810 Ziff. 2 OR)[4]) abberufen werden kann, ist die Abberufung der andern Geschäftsführer jederzeit ohne Begründung, auch willkürlich, zulässig[5]).

Uns interessiert nun im Besonderen die Stellung der Geschäftsführung im Konkurse. Ist mit der Konkurseröffnung über die G.m.b.H. die Tätigkeit der Geschäftsführung zu Ende? — Das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung zur Gesellschaft dauert im Konkursstadium weiter, denn auch jetzt noch bedarf die G.m.b.H. ihrer Organe, um die Rechtshandlungen vorzunehmen, die nicht in den Machtbereich des Konkursverwalters gehören. Einerseits liegt es im Interesse der Gesellschaft, daß die Geschäftsführung auch im Konkursstadium bleibt, denn die Gesellschaft ist anderseits durch Art 229 SchKG verpflichtet, sich während des Konkursverfahrens zur Verfügung der Konkursverwaltung zu halten. Zuständig kann nicht die G.m.b.H. als solche sein, sondern die Geschäftsführung als das handelnde Organ. — Die Geschäftsführung kann Auskunft geben und nicht die G.m.b.H. Wie der Gesellschafterversammlung das Abberufungsrecht über die Geschäftsführung zusteht, so hat im Konkurse die Konkursverwaltung das Kündigungsrecht. Da der Konkurs-

---

[1]) Dadurch ist die Gesellschaft nicht der Willkür des Gesellschafter-Geschäftsführers ausgesetzt: sie kann aus wichtigen Gründen seine Befugnisse einschränken, ihn abberufen (Art. 565 OR).

[2]) Janggen-Becker, Art. 814 N 6; Wieland I, S. 393.

[3]) Wieland, II, S. 299.

[4]) Der G-Beschluß ist nur deklarativ. Der „wichtige Grund" muß vor dem Richter bewiesen worden sein. Erst dieses Urteil wirkt konstitutiv. Wieland II, S. 300; Janggen-Becker, Art. 814 N 24.

[5]) Müller Walter, S. 96.

verwalter nicht nur die Interessen der Gesellschaft, sondern auch die der Gesellschafter wahren muß, ist er vielleicht gezwungen, jenen Geschäftsführern, die für ihre Dienstleistungen nicht nur eine Entschädigung aus dem Reingewinn erhalten[1]), sondern durch vertragliche Abmachungen einen Anspruch auf Lohn haben, zu künden, um dadurch die Schulden, die der Gesellschaft durch die Entrichtung von Löhnen erwachsen, zu mindern. Diese Kündigung trifft aber nicht das Rechtsverhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft, sondern beseitigt nur die Beziehungen zur Konkursmasse[2]).

Die Pflichten, die im Konkurse einer physischen Person von dieser zu erfüllen sind, werden im Konkurse der juristischen Person dem Verwaltungsorgan, d. h. der Geschäftsführung überbunden[3]). Die Geschäftsführung bleibt der gesetzliche Vertreter der G.m.b.H. auch im Konkurse.

aa) Die Pflichten der Geschäftsführung

Die Hauptpflicht der Geschäftsführung im Konkursverfahren ist nach Art. 222 SchKG diejenige der Auskunftserteilung. Die Konkursverwaltung ist auf diese angewiesen, denn die Uebersicht über den Geschäftsbetrieb gestaltet sich bei einer G.m.b.H. schwieriger als bei einem Einzelschuldner. Nur die Geschäftsführer können dem Konkursverwalter die richtige Auskunft geben. Für die Auskunftserteilung gelten nicht die Bestimmungen für die Zeichnung, da es sich dabei nicht um Rechtshandlungen und Vertretungsakte handelt[4]). Die Auskunftspflicht muß demnach nicht von allen Geschäftsführern gemeinsam erfüllt werden. — Da für die G.m.b.H. keine speziellen Konkursvorschriften geschaffen wurden, gelten die allgemeinen Bestimmungen des SchKG über den Gemeinschuldner[5]). Der Gemeinschuld-

---

[1]) Beziehen die Geschäftsführer nur eine Vergütung aus dem Reingewinn, dann ist eine Kündigung vom Konkursverwalter illusorisch, denn eine G.m.b.H. erzielt im Konkurse gewöhnlich keinen Reingewinn. Vgl. Kreis, S. 28.

[2]) Jaeger E., §§ 207/08 N 10, S. 407.

[3]) Vgl. Henze, S. 61; Kreis, S. 26.

[4]) Jaeger C., Art. 222 N 6; Henze, S. 61.

[5]) z. B. Art. 222, 223, 224 ff. SchKG.

ner ist nach Art. 222 I SchKG verpflichtet, alle seine Vermögensstücke anzugeben und zur Verfügung zu stellen. Ueber die Herausgabe Dritten gehörenden Sachen verfügt die Konkursverwaltung (Art. 242 SchKG). Mit der Angabe aller Vermögensstücke[1]) ist aber die Auskunftspflicht der Geschäftsführer nicht erschöpft. Die Konkursverwaltung muß das Konkurssubstrat möglichst vollständig ermitteln und ordnungsgemäß feststellen. Um sich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu decken, verlangt die Konkursverwaltung gestützt auf Art. 228 SchKG eine schriftliche Erklärung[2]) über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars. Die Gemeinschuldnerin muß über jede Konkurskurseingabe, nachdem die Konkursverwaltung die eingegangenen Forderungen geprüft hat (Art. 244 SchKG), eine Erklärung abgeben, die entweder in einem besonderen Protokoll oder im Verzeichnis der Forderungen geschieht (Art. 55 KVO). Die Unterzeichnung dieser Erklärungen geschieht nach den Formvorschriften der betr. G.m.b.H.[3]). Art. 30 I KVO verpflichtet ausdrücklich die vor der Konkurseröffnung zur Geschäftsführung Befugten.

Neben der Auskunftspflicht hat die Geschäftsführung die Praesenzpflicht. Art. 229 SchKG verpflichtet die G.m.b.H., d. h. die Geschäftsführung, sich während des Konkursverfahrens zur Verfügung der Konkursverwaltung zu halten, von welcher Pflicht sie nur durch besondere Erlaubnis enthoben werden kann; nötigenfalls wird Polizeigewalt angewandt. Die Präsenzpflicht für die Geschäftsführung erleichtert die Erwahrung der Konkursforderungen und vereinfacht durch die persönliche Anwesenheit die Auskunftgabe an den Gläubigerversammlungen[4]).

Sowohl Art. 222 I als auch 229 I SchKG drohen mit Strafe, wenn der betreffenden Pflicht durch die Geschäftsführung nicht nachgekommen wird. Diese Strafe ist eine Ungehorsams- oder Ordnungsstrafe, die nur auf Anzeige des Konkursamtes ausgesprochen wird[5]). Werden bei der In-

[1]) z. B. Deponierung von barem Geld, von Wertpapieren, Schuldscheine, Obligationen, Depositenscheine, Hypotheken (Art. 233 SchKG).

[2]) Die Erklärungen müssen positiv lauten; Bucher, S. 34.

[3]) Ev. Gesellschafterversammlungsermächtigung. Nach DKO § 135 Eid.

[4]) BGE 34 I 61; Jaeger C. Art. 229 N 1.

[5]) Bucher, S. 34.

ventaraufnahme Vermögensgegenstände verheimlicht mit der Absicht, sie der Konkursmasse zu entziehen, dann liegt Konkursbetrug vor. Dieses schwere Delikt des betrügerischen Bankerotts konsumiert dann jene Uebertretung der Ordnungsvorschrift [1]).

Die Strafe ist bei Uebertretung der Art. 222 und 229 SchKG nach Art. 323 Ziff. 4 und Ziff. 5 StGB entweder Haft bis zu vierzehn Tagen oder Buße. — Art. 326 II StGB bestimmt ausdrücklich, daß die oben erwähnten Strafbestimmungen auf die schuldigen Gesellschafter und Bevollmächtigten, d. h. bei der G.m.b.H. auf die Geschäftsführer Anwendung finden.

Neben diesen Verpflichtungen müssen aber die Geschäftsführer auch die Rechte der G.m.b.H. wahren, soweit sie nicht vom K-Verwalter in der Ausübung derselben verdrängt werden.

bb) Die Rechte der Geschäftsführung

Den Geschäftsführern kommen im Gesellschaftskonkurse die Rechte zu, wie einer physischen Person im Privatkonkurs.

Wenn der Konkursantrag von einem Gesellschaftsgläubiger gestellt wird, hat der Konkursrichter den antragstellenden Gläubiger und die Geschäftsführung der G.m.b.H. zur gerichtlichen Verhandlung vorzuladen (Art. 168 und 190 III SchKG). Die Gemeinschuldnerin hat hier das Recht, dem Richter bestimmte Angaben zu machen [2]).

Weiter hat die Gemeinschuldnerin das Recht, Einsicht zu nehmen in den von der Konkursverwaltung aufgestellten Kollokationsplan, der beim Konkursamt zur Einsicht aufgelegt ist (Art. 249 SchKG) [3]). Gegen den Kollokationsplan steht der Gemeinschuldnerin nicht eine gerichtliche Klage zu. Die Geschäftsführer haben dagegen das Recht, bei der Aufsichtsbehörde eine Beschwerde geltend zu machen, wenn der aufgestellte Kollokationsplan unvollständig ist, Lücken aufweist oder Unklarheiten enthält [4]).

---

[1]) Jaeger C. Art. 222 N 1; Hier kommt Art. 148 StGB in Anwendung; Strafe bis zu 10 Jahren Zuchthaus.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 8, S. 66 und § 13 und § 16.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118.

[4]) Henze, S. 64; Jaeger C. Art 249 N 2; BGE 35 I 141, Kreis S. 70.

Aehnlich, wenn nicht sogar gleich, verhält es sich mit der Haftungssumme[1]). Die Berechnung der Haftungssummen kann unrichtig sein, wenn die Konkursverwaltung Gläubiger zuläßt, denen kein Anspruch zusteht oder wenn die Berechnung der Haftung in concreto in unrichtiger Weise erfolgt ist. Der erste Grund wird durch die Aufstellung des Kollokationsplanes entschieden, der bestimmt, wer als Gläubiger Ansprüche geltend machen kann. Die Berechnung der Haftung in concreto kann weiter aus zwei Gründen fehlerhaft sein. Der maximale Konkursverlust kann falsch berechnet worden sein oder die Haftungsgrenze ist zu hoch oder zu niedrig angenommen. Die Fragen über das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen, wobei sich Gläubigerinteressen und Gesellschafterinteressen gegenüberstehen, sind materiellrechtlicher Natur. Eine gerichtliche Beurteilung wäre angezeigt. Aber Art. 17 in Verb. m. Art. 241 SchKG bestimmt, daß dort, wo das Gesetz nicht gerichtliche Klage vorschreibt, die Anfechtung einer Verfügung der Betreibungsbehörden oder der Konkursverwaltung auf dem Beschwerdeweg zu erfolgen habe. — Der Gesellschafter der G.m.b.H. wird, da ihm nach den allgemeinen Bestimmungen des SchKG keine Kollokationsklage zusteht, gegenüber den Gesellschaftsgläubigern benachteiligt. Gerechter ist die Lösung dieses Problems im Genossenschaftskonkurse. An der Abweisung unberechtigter Ansprüche ist nicht nur der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch jeder Gesellschafter interessiert. So bestimmt Art. 6 GenKVO, daß auch die Genossenschafter Kollokationsklage erheben können. Die Aufstellung des Kollokationsplanes wird allen Genossenschaftern durch eingeschriebenen Brief mitgeteilt (Art. 6 I GenKVO). Unterbleibt aber die Anfechtung, dann können später die Gesellschafter die Rechtsbeständigkeit der kollozierten Forderungen auch nicht mehr angreifen[2]).

Die Gemeinschuldnerin hat ferner das Recht zu verlangen, daß das Konkursverfahren den gesetzlichen Vorschriften[3]) entsprechend durchgeführt wird. Dieses

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 1 und 5; § 21, S. 136. Die Haftungssumme beschränkt sich auf den Fehlbetrag im Stammkapital. Vgl. Kreis, S. 99.

[2]) Oder nach Ablauf der zehntägigen Frist (Art. 6 II GenKV).

[3]) Blumenstein, S. 711.

Recht steht auch dem Gesellschafter einzeln zu[1]). Praktisch kann letzteres eintreffen, wenn in einem Konkurse über eine G.m.b.H. auch die ausgeschiedenen Gesellschafter herangezogen werden, dann können diese nur für die Schulden, die zur Zeit des Austritts bestanden, belangt werden[2]). Diese Leistungen kommen also nur den „alten" Gläubigern zugute. Zu dieser Haftungssumme muß ein spezieller, separater Kollokationsplan aufgestellt werden[3]). Kommt die Konkursverwaltung dieser Pflicht nicht nach, so kann der ausgeschiedene Gesellschafter jederzeit, fristlos, wegen Rechtsverweigerung nach Art. 17 III SchKG Beschwerde führen[4]).

Die Geschäftsführung hat als Aequivalent für die Auskunftspflicht (Art. 222 SchKG) und die Praesenzpflicht (Art. 229 SchKG) einen Rechtsanspruch auf einen billigen Unterhaltsbeitrag (Art. 229 II SchKG).

Weiter steht der Gemeinschuldnerin in gewissen Fällen das Recht zu, einen Prozeß weiterzuführen, der im Moment der Konkurseröffnung schon hängig ist. Der Rechtsstreit darf aber nicht zur Konkursmasse gehörendes Vermögen berühren[5]). Alle anderen Prozesse werden durch die Konkurseröffnung unterbrochen und können erst zehn Tage nach Stattfinden der zweiten Gläubigerversammlung durch die Konkursverwaltung für die Gemeinschuldnerin wieder aufgenommen werden (Art. 207 I und 252 SchKG). Die G.m.b.H. kann einen Prozeß auf eigene Rechnung weiterführen, wenn die Konkursmasse darauf verzichtet und kein Gläubiger die Abtretung nach Art. 260 SchKG (BGE 68 III 163) verlangt.

Ein weiteres Recht geht dahin, einen Nachlaßvertrag vorzuschlagen (Art. 160 II und 293 SchKG)[6]). Die Geschäftsführung hat dazu aber das Recht m. E. nur, wenn die Gesellschafterversammlung sie dazu ermächtigt hat[7]).

---

[1]) Bucher, S. 39; Moor, S. 67.

[2]) Nicht der Austritt, sondern die Löschung ist maßgebend (SJZ 36, S. 160).

[3]) BGE 48 III 214 betr. die Kommanditgesellschaft.

[4]) BGE 59 III 199.

[5]) Henze, S. 64.

[6]) Vgl. Ausführungen in § 11, Ziff. 2 und § 21 Ziff. 2 S. 138.

[7]) Vgl. Jaeger C. Art. 293 N 1.

Art. 263 SchKG bestimmt, daß Verteilungsliste und Schlußrechnung während 10 Tagen beim Konkursamte aufgelegt werden müssen[1]). Absatz II dieses Artikels verlangt die Mitteilung nur an jeden Gläubiger. Für die Gemeinschuldnerin ist sie aber ebenfalls von Bedeutung, da auch sie ein Interesse hat, eventuell durch Beschwerde die Verteilungsliste einer Ueberprüfung der Aufsichtsbehörde zu unterstellen[2])

Die Geschäftsführer als handelndes Organ der falliten G.m.b.H. haben das Recht trotz des sog. Korrespondenzbeschlages (Art. 38 KVO), wonach während der Dauer des Konkursverfahrens die Konkursverwaltung die Auslieferung der an die G.m.b.H. gerichteten Sendungen von der Post verlangen kann, von der Konkursverwaltung zu fordern, daß die Oeffnung der Korrespondenzen nur in ihrer Gegenwart[3]) vorgenommen werde.

Die sog. Kompetenzstücke (Art. 92 und 224 SchKG)[4]) kommen für G.m.b.H. weniger in Betracht. — Wenn ein Gesellschafter z. B. in der Eigenschaft als Handwerker in eine G.m.b.H. eintritt und dabei seine Arbeitsutensilien einwirft, so sind diese als Kompetenzstücke zu betrachten.

Alle diese Pflichten und Rechte, die im Konkurse von den Geschäftsführern wahrzunehmen sind, kommen den Liquidatoren zu, sobald der Konkurs über eine G.m.b.H. in „Liquidation" eröffnet worden ist[5]).

cc) Die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung

Durch die Handlungen der Geschäftsführung wird unmittelbar die G.m.b.H. als solche berechtigt und verpflichtet (Art. 811 OR). Die Rechtsfolgen aus diesen Handlungen treffen somit die Gesellschaft, d. h. die Konkurseröffnung trifft die Gemeinschuldnerin. Finden jene Rechtsfolgen, die ihrer Natur nach nur von einer physischen Person getragen werden, können auch auf juristische Personen Anwendung?

---

[1]) Oeffentliche Publikation erforderlich (Jaeger C. Art. 264 N 3.

[2]) Gerichtliche Anfechtung ist nicht möglich (Jaeger, Art. 263 N 3).

[3]) Nicht alle, wenigstens ein Geschäftsführer; vgl. oben das Gesagte betr. Auskunftspflicht.

[4]) BGE 63 III 17; Jaeger C., Art. 92 N 1 (V); Siegwart; AG und G.m.b.H., Einl. N 333; Wieland I, S. 433 usw.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 4, Ziff. 1, S. 34.

Die Anwendung des Art. 26 SchKG[1]) betr. die öffentlich-rechtlichen Ehrenfolgen auf die G.m.b.H. als solche wäre unsinnig. Eine Ueberbindung dieser Folgen auf die Geschäftsführer oder Gesellschafter ist m. E. nicht richtig, denn die Folgen des Konkurses sollen lediglich den Schuldner d. h. die G.m.b.H. treffen. Art. 4 BV statuiert anderseits die Rechtsgleichheit. — Tanner[2]) begründet die Nichtanwendung des Art. 26 SchKG auf juristische Personen damit, daß der Separatkonkurs der Gesellschaft nicht unbedingt das Vermögen der Gesellschafter ergreife. Erst der Privatkonkurs begründet die Ehrenfolgen gegen diesen Gesellschafter. — Diese Ausnahme für die juristische Person ist aber eine Ungerechtigkeit gegenüber der physischen Person[3])

Die Geschäftsführer unterstehen den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen (Art. 827 OR). Die Gesellschafter sind verantwortlich, weil sie eine Person in den Stand gesetzt haben, in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer für die Gesellschaft zu handeln. So haftet die Gemeinschaft der Gesellschafter für jeden Schaden, den ein Geschäftsführer in Ausübung seiner Funktionen einem Dritten zufügt, gleichgültig, ob der Geschädigte seinen Anspruch aus Vertrag oder aus Delikt ableitet[4]). Die Geschäftsführer ihrerseits haften für den entstandenen Schaden sowohl der Gesellschaft, den einzelnen Gesellschaftern wie den Gesellschaftsgläubigern (Art. 827 i. Verb. m. Art. 754 OR)[5]). — Für die Geltendmachung des Schadens wird wie im Aktienrecht zwischem primärem und sekundären Schaden unterschieden[6]).

Die G.m.b.H. ist nicht deliktsfähig, wohl aber dessen Or-

---

[1]) Durch das BG betr. die öffentlich-rechtlichen Folgen des Konkurses und der fruchtlosen Pfändung vom 29. April 1920 aufgehoben.

[2]) Tanner Hans, Die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses in der Schweiz, Diss. Zürich 1924, S. 48.

[3]) Art. 4 BV.

[4]) BGE 66 II 251; Janggen-Becker, Art. 802 N 17.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 10, Ziff. 2, S. 79; in der dGmbH haften die Gesellschafter solidarisch für den entstandenen Schaden nur der Gesellschaft gegenüber (§ 43 dGmbHR).

[6]) Vgl. Ausführungen in § 17 und ff., S. 120 ff.

gan, d. h. die Geschäftsführer. So hat das BGer[1]) die Strafbestimmungen auf die verantwortlichen Organe der juristischen Person als anwendbar erklärt. Im StGB bestimmt Art. 326 ausdrücklich die Anwendung der Strafbestimmungen der Art. 323—325 StGB auf die schuldigen Gesellschafter und Bevollmächtigten.

b) Die Kontrollstelle

Gesellschafter, die nicht zugleich Geschäftsführer sind, besitzen von Gesetzes wegen die gleichen Kontrollrechte, wie sie ein nichtgeschäftsführendes Mitglied einer einfachen Gesellschaft hat (Art. 819 und 541 II OR). Dieses ist berechtigt, sich persönlich von dem Gang der Gesellschaftsangelegenheiten zu unterrichten, in die Geschäftsbücher und -Papiere der Gesellschaft Einsicht zu nehmen und für sich eine Uebersicht über den Stand des gemeinschaftlichen kann an Stelle dieser Kontrolle ein besonderes Ueberbarung, Gesellschafterbeschluß oder Statutenbestimmung Vermögens anzufertigen (Art. 541 OR)[2]). Durch Vereinwachungsorgan in Form der Kontrollstelle geschaffen werden[3]).

Der Umfang der Verantwortlichkeit der Kontrollstelle ist aber insofern von der der Geschäftsführung zu unterscheiden, als die Kontrollstelle nicht für die gesamte Geschäftsführung verantwortlich gemacht werden darf. Die Aufgabe der Kontrollstelle besteht nicht in der Prüfung der gesamten Geschäftsführung[5]). Deshalb kann die Geschäftsführung ihre Verantwortlichkeit nicht einfach auf die Kontrollstelle abwälzen, anderseits ist die Kontrollstelle verantwortlich für die ihr vorgeschriebenen Pflichten gegenüber der Gesellschafterversammlung.

Sofern mit der Konkurseröffnung über die G.m.b.H. keine ausdrückliche Abberufung der Kontrollstelle erfolgt, bleibt sie weiter als kontrollierendes Organ neben der Geschäftsführung bestehen. Freilich kommt ihr während des Konkurses eine unbedeutende Rolle zu, da die Konkursverwaltung weitgehend diese Aufgabe übernimmt.

---

[1]) BGE 34 I 61.

[2]) Gamma, S. 110.

[3]) Gamma, S. 109; Janggen-Becker, Art. 819 N 12.

[4]) Janggen-Becker, Art. 819 N 16.

c) Die Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung bleibt auch im Konkurse der G.m.b.H. das oberste Organ (Art. 808 OR). Die durch Gesetz und Statuten umschriebene Omnipotenz erfährt aber im Konkurse eine Einschränkung auf die Gesellschafterversammlungsbeschlüsse und -Verfügungen, die das Konkursvermögen betreffen[1]). Denn die gesamte Verwaltung und Verfügung über die zur Masse gehörenden Vermögenswerte steht ausschließlich dem Konkursverwalter zu[2]). Im übrigen steht aber die Gesellschafterversammlung auch im Konkurse an der Spitze.

Sie kann ihre Beschlüsse fassen in der Versammlung durch mündliche oder schriftliche Abstimmung[3]). Die wichtigsten Beschlüsse verlangen außer der Einstimmigkeit auch die persönliche Dreiviertel-Mehrheit, d. h. es müssen 3/4 sämtlicher Gesellschafter, die zugleich 3/4 des Stammkapitals vertreten, zustimmen z. B. für die Abtretung eines Gesellschaftsanteiles (Art. 791 I OR). Das Stimmrecht kann nur einheitlich ausgeübt werden[4]), Wenn ein Gesellschafter 10 Stimmen besitzt, kann er nicht mit 5 für und mit den andern 5 gegen einen Gegenstand der Beschlußfassung stimmen.

Sie übt weiter ihre durch Statuten bestimmte Verwalttungstätigkeit, sie bleibt Aufsichtsbehörde über die ganze G.m.b.H. Als Wahlbehörde kann sie Geschäftsführer oder Vertreter oder die Kontrollstelle abberufen und Neuwahlen vornehmen. Ziff. 8 des Art. 810 OR betr. die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, die der Gesellschaft aus der Geschäftsführung gegen die Organe oder gegen einzelne Gesellschafter zustehen, gehört nicht mehr in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung. Diese Schadenersatzansprüche bilden Bestandteile der Konkursmasse und daher vermag nur der Konkursverwalter hierüber verbindlich zu entscheiden[5]).

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118; vgl. Hachenburg, § 63 A 9 ff.

[2]) Jaeger C., Art. 240 N 5.

[3]) Vgl. Fußnote 4, S. 70.

[4]) Müller W., S. 100; ein Stimmverbot hat der Gesellschafter nur für den Fall seiner eigenen Entlastung (Art. 808 OR).

[5]) Vgl. Ausführungen in § 16 und § 17, S. 118 ff.

Die Befugnis der Festsetzung und Aenderung der Statuten ist ein Ausfluß der Stellung als oberstes Organ (Art. 810 Ziff. 1 OR). Durch diese höchste Befugnis wird z. B. der Konkursverwalter in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt, indem er nur das Geschäft mit der Firma veräußern darf[1]), wenn ein dahingehender Gesellschafterversammlungsbeschluß vorliegt. Weil die Firma in die Statuten aufgenommen ist, bedingt jede Firmaänderung eine Statutenänderung. Bei einer Veräußerung der Geschäftes mit der Firma muß demnach an Stelle der „alten" Firma eine „neue" Firma ins HReg. eingetragen werden, sonst würde sie die Rechtspersönlichkeit und Konkursfähigkeit verlieren, d. h. die G.m.b.H. würde verschwinden. Das Recht auf die Firma (Art. 946 und 951 OR) ist ein Persönlichkeitsrecht. Nach Jaeger E.[2]) gehört das Persönlichkeitsrecht als solches nicht in die Konkursmasse; der Konkursverwalter kann somit nicht darüber verfügen.

Die Gesellschafterversammlung bleibt bis nach Beendigung des Konkurses das höchste Organ der G.m.b.H.

§ 15. Die Konkursgläubiger

Die Voraussetzungen, die in der Person des Konkursgläubigers liegen sollen, hat der Gesetzgeber nirgends direkt geregelt. Die materiellrechtliche Gläubigerqualität steht jedem zu[3]), der zur Zeit der Konkurseröffnung einen Anspruch gegen die G.m.b.H. hat. Der Anspruch braucht nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande zu haben, sondern er kann auch auf die Forderung einer Sache gehen, die im Konkurse in eine Geldforderung von entsprechendem Werte umgewandelt wird (Art. 211 I SchKG). Wenn ein Gläubiger eine Forderung im Konkurse einreichen will, muß sie im Moment der Konkurseröffnung rechtlich existent sein. Forderungen, die erst später entstehen, finden im Konkurs keine Berücksichtigung[4]). Die Fälligkeit der Forderung zu

---

[1]) Durch eine Veräußerung des ganzen Geschäfts bleibt der immaterielle Geschäftswert (goodwill) erhalten. Im Allgemeinen ist einerseits dadurch der Erlös des Verkaufes umso größer und anderseits die Arbeit für den Konkursverwalter umso einfacher.

[2]) Jaeger E., § 1 N 7.

[3]) Vgl. Art. 11 und 53 ZGB.

[4]) Jaeger C. Art. 197 N 1.

diesem Zeitpunkt ist nicht erfordert, da die Konkurseröffnung gegenüber der Konkursmasse die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen bewirkt (Art. 208 SchKG). Eine Ausnahme bilden die durch schuldnerische Grundstücke pfandrechtlich gedeckten Ansprüche (Art. 198 SchKG). Die Forderung muß sich aber gegen die Gesellschaft richten. Der Anspruch der Gläubiger kann weder die Sukzession in die Rechte der G.m.b.H., noch ein dingliches Recht an deren Vermögen fordern, sondern nur Befriedigung aus dem Vermögen der G.m.b.H. verlangen.

Im Folgenden wollen wir die einzelnen Konkursgläubiger untersuchen und deren Stellung und Ansprüche behandeln.

1. Die Stellung des Gesellschafters im Gesellschaftskonkurse

Die Stellung des Gesellschafters resultiert aus dessen rechtlicher Natur des Verhältnisses zur G.m.b.H. — Die Stammeinlage verleiht dem Gesellschafter die Mitgliedschaft[1]). Während bei der Gründung nur soviele Stammeinlagen als Gesellschafter möglich sind, kann später ein Gesellschafter andere oder sogar alle Stammeinlagen übernehmen. Die rechtliche Anerkennung der „Einmann-G.m.b.H." ist bestritten[2]). Auf die Stammeinlage muß min-

---

[1]) Gamma, S. 15: der Erwerb der Mitgliedschaft kann originär oder derivativ erfolgen; originär, wenn der Gesellschafter bei der Gründung der G.m.b.H. sich mit einer Stammeinlage am Stammkapital beteiligt; der derivative Erwerb ist einfach ein Mitgliedschaftswechsel.

[2]) Das Gesetz verbietet diese Einmanngesellschaften nicht. Wenn aber die Zahl der Mitglieder auf eins sinkt, kann von dem einen Gesellschafter oder von jedem Gläubiger der G.m.b.H. beim Richter die Auflösung beantragt werden (Art. 775 II OR). Die Auflösung tritt nur auf die Klage ein unter Fristansetzung für eine eventuelle Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes. Unter dem aOR hat sich das BGer für die Einmann-A. G. ausgesprochen (50 II 176; 59 II 434; 59 I 272).
Seit dem rev. OR hat das BGer im Entscheide 64 II 364 betr. eine A. G. (Art. 625 OR) zur Einmann-Gesellschaft Stellung bezogen durch Bejahung der grundsätzlichen Möglichkeit der Vereinigung aller Aktien in einer Hand.
Bei der Gesetzesberatung des OR wurde u. a. das Eingreifen des HReg-Führers von Amtes wegen, wenn nur mehr ein Gesellschafter

destens 50% eingezahlt sein[1]).

Die Stammeinlage ist aber nicht gleich dem Gesellschaftsanteil. Die Stammeinlage verhält sich zum Stammkapital, wie der Gesellschaftsanteil zum Gesellschaftsvermögen. Der Wert der Gesellschaftsanteile ist demgemäß höher oder niedriger als der Betrag der Stammeinlage, je nachdem das Gesellschaftsvermögen größer oder kleiner ist als der Betrag des Stammkapitals[2]). — Die Stammeinlage der Mitglieder stellt nicht ein Darlehen dar[3]), sondern eine wirkliche Einlage im technischen Sinne. — Die einbezahlten Beträge, sowie allfällig noch ausstehende Leistungen auf die von dem Gesellschafter übernommenen Stammeinlage und auf die Nachschüsse (Art. 803 OR), bilden einen Teil der Konkursmasse. Der Gesellschafter kann deshalb seine Stammeninlage im Gesellschaftskonkurse nicht als Konkursforderung eingeben, weil seine Stammeinlage als Bestandteil des Stammkapitals (Art. 798 II OR) in erster Linie zur Befriedigung der Gläubigeransprüche dient. Als Mitglied der G.m.b.H. beteiligt sich der Gesellschafter in guten Zeiten am Gewinn. In schlechten Zeiten muß er daher auch mithelfen den Verlust zu tragen. Im Falle falliter Mitgesellschafter haftet er solidarisch bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals (Art. 802 OR). — Das Recht auf

---

ist, nicht angenommen (Sten. Bull. Nationalrat 34, S. 740). — Für eine freie Lösung zu Gunsten der Einmann-Gesellschaft haben sich ausgesprochen: Fehr, Festgabe S. 21 und Fehr, Die Einmanngesellschaft nach schweiz. Recht, Bern, 1931, S. 33; Scherer, Sieben Vorträge, S. 100. — Dagegen rechtfertigt Gysin, Festgabe S. 187 die Auflösung sachlich wegen dem Fehlen der Solidarhaftung und Janggen-Becker, Art. 775 N 8 wegen Interessenkollisionen (BGE 55 II 23).

In Deutschland, wo die Einmanngesellschaft gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, waren am 31. 12. 36 10,968 GmbH, d. h. 28 % aller GmbH, sog. „Einmann-GmbH".

[1]) In Frankreich ist Volleinzahlung vorgeschrieben (art. 7 I franz. Gesetz betr. die StéRL). Ebenso in Jtalien (Art. 145 Progretto per il nuovo codice di commercio 1925). — Das dGmbHR verlangt 25% für Geldeinlagen und 100 % für Sacheinlagen.

[2]) Janggen-Beker, Art. 772 N 22.

[3]) Das Darlehen (Art. 312—318 OR) wird gekennzeichnet durch Verzinslichkeit, Kündbarkeit usw.; vgl. BGE 52 II 23.

den Liquidationsanteil kann der Gesellschafter im Konkurse der G.m.b.H. nicht geltend machen[1]) Ein Forderungsanspruch erwächst ihm erst nach Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten gegenüber der Konkursmasse (Art. 802 II OR). Sollte aber nach Beendigung des Konkurses noch Vermögen übrig bleiben, so hat der Gesellschafter ein Gläubigerrecht auf das Liquidat; auch eventuelle Regreßansprüche sind möglich. Wenn die Statuten oder die Gesellschafterversammlung nichts anderes bestimmen, erfolgt die Verteilung an die Gesellschafter im Verhältnis ihrer einbezahlten Anteile (Art. 745 OR).

Haben die Gesellschafter einen Anspruch auf die Reserven, sei es der gesetzliche Reservefonds (Art. 671 OR), oder sei es irgend eine andere Reserve (Art. 673 OR)? — Trotzdem sich die Reserven aus Gewinnrücklagen[2]) der Gesellschafter resp. der G.m.b.H. selbst bilden, steht den Gesellschaftern kein Gläubigerrecht auf die Reserven zu. Die Reserven sind so wenig wie das Stammkapital eine obligatio der G.m.b.H. — Jene Reserven, die in Wohlfahrtsfonds für Krankenkassen, Fürsorgekassen und Familienausgleichskassen angelegt sind, sind gemäß Art. 673 OR aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden. Diese dienen nicht wie die übrigen Reserven oder auch wie das Stammkapital zur Zufriedenstellung der Gläubigeransprüche.

Außer dem Anspruch auf das Liquidationsergebnis[3]), der erst nach Beendigung des Konkurses geltend gemacht werden darf, kann aber der Gesellschafter im Konkurse der Gesellschaft folgende Wert- und Vermögensrechte geltend

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 9, S. 71 ff.

[2]) Burkas, Aktionäre und Gläubiger im Konkurse der A. G., S. 17; er vertritt dagegen die Ansicht, der Aktionär der A. G. hafte nur mit den Einlagen, aus denen sich das Grundkapital, das als Haftungsobjekt für die Gläubiger dient, zusammensetzt und was mehr vorhanden ist, gehöre den Aktionären.

[3]) Hagmann, S. 24, versteht darunter den bedingt betagten Anspruch auf Rückzahlung der Einlagen im Falle der Auseinandersetzung oder des Ausscheidens des Gesellschafters. Vgl. Wieland I 557.

machen, die aus der Mitgliedschaft herrühren[1]). Diese Rechte, die vor dem Konkurse materielle und ideelle Vorteile enthalten, gelten auch im Konkurse. Unter diese besonderen Rechte fallen die Ansprüche auf den Gewinnanteil, auf die Rückzahlungsquote und auf die Bauzinsen[2]).

Während früher die Geltendmachung dieser Ansprüche stark umstritten war, ist heute der auszahlbar erklärte Gewinn das verfallene Honorar aus gesellschaftsvertraglich geschuldeter Arbeit, sowie der von den andern Gesellschaftern anerkannte, auszahlbare Ersatzanspruch für Auslagen des Geschäftsführers den außergesellschaftlichen Forderungsrechten gleichgestellt[3]).

Der Gesellschafter kann seinen Gewinnanspruch (Art. 804 OR)[4]) als Konkursforderung geltend machen nicht weiter zurück als aus jenem dem Konkursausbruch vorausgehenden Jahr, soweit nicht die Annahme eines Gewinnes in jener Periode sich als eine betreibungsrechtlich-anfechtbare Handlung erweist[5]). Für die Gewinnansprüche aus weiter zurückliegenden Geschäftsjahren und für die Zeit vom

---

[1]) Vom Anteil im Sinne der Mitgliedschaft ist der Vermögensanteil zu unterscheiden. Unter Vermögensanteil versteht Hagmann (S. 6) die von der Mitgliedschaft lösbaren Ansprüche gegen die Gesellschaft: Recht auf Gewinn, Zinsen und Liquidationsguthaben. Diese Forderungen sind abtretbar, weil sie kein Mitgliedschaftsrecht begründen. Sie sind auch pfändbar.

[2]) So auch Henze, S. 77; Moor, S. 56; Bucher, S. 29; derselbe anders auf S. 53 betr. Mitgliedschaftsrechte.

[3]) Siewart, Vorbem. zu Art. 530 N 92.

[4]) Hagmann (S. 23) unterscheidet beim Anteil am Gewinn zwei Rechte. Einmal das allgemeine Recht auf künftigen Gewinn, das Recht zu verlangen, daß durch gemeinsame Leistungen Gewinn erzeugt werde. Dieses mit der Mitgliedschaft verbundene Recht ist unübertragbar. Dagegen ist der Anspruch auf einen bestimmten, bilanzmäßigen Gewinn vom Gesellschaftsverhältnis lösbar und kann deshalb cediert, gepfändet und in die Konkursmasse gezogen werden. — Das Recht auf Auszahlung des Reingewinnes ist ein Ausfluß des Mitgliedschaftsrechtes. Es ist ein Sonderrecht des Gesellschafters, das ihm nicht entzogen werden kann (Gamma, S. 11).

[5]) Art 260 SchKG, wenn z. B. ungerechtfertigte, übermäßige Gewinnauszahlungen erfolgten. Vgl. Kreis, S. 39.

letzten Geschäftsabschluß bezw. vom Termin, an welchem er hätte stattfinden sollen bis zum Konkursausbruch, kann im Konkurse kein Anspruch geltend gemacht werden[1]). Erhebt der Gesellschafter den Anteil am Gewinn nicht, so wächst damit sein Anteil und gehört zur Einlage.

Als Gläubiger kann der Gesellschafter sein Honorar geltend machen. Dieser Anspruch hier betrifft die honorierte Geschäftsführungstätigkeit und nicht die bezahlte, dienstvertragliche Arbeit in außergesellschaftlichem Verhältnis.

Der Anspruch auf die Rückzahlungsquote kann geltend gemacht werden, wenn eine Herabsetzung des Stammkapitals nach Art. 788 i. Verb. m. Art. 732 OR erfolgt ist. Für die G.m.b.H. gelten die bezüglichen Bestimmungen des Aktienrechtes[2]). Die Herabsetzung muß wegen der damit verbundenen Statutenänderung durch die Gesellschafterversammlung beschlossen werden (Art. 810 Ziff. 1 OR). Das Stammkapital darf nur herabgesetzt werden, wenn durch einen besonderen Revisionsbericht festgestellt ist, daß die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Stammkapitals[3]) voll gedeckt sind (Art. 732 II OR). Die Geschäftsführung[4]) hat den Herabsetzungsbeschluß der Gesellschafterversammlung dreimal im SHAB zu veröffentlichen. Die Gläubiger werden darauf aufmerksam gemacht, daß sie binnen zwei Monaten von der dritten Bekanntmachung im SHAB an gerechnet, unter Anmeldung ihrer Forderungen Befriedigung oder Sicherstellung verlangen können (Art. 733 OR). Nach dieser gesetzlichen Frist und nach Befriedigung oder Sicherstellung der angemeldeten Gläubiger wird durch öffentliche Urkunde festgestellt, ob die gesetzlichen Vorschriften erfüllt sind. Darnach wird die

---

[1]) Siegwart, Art. 570 N 24.

[2]) Art. 732 ff., 774 OR; SchUeB Art. 17, Ziff. 1; Art. 90 ff. HRegVO.

[3]) Das Stammkapital darf nicht unter 20,000.— Franken (Art. 773 OR), die einzelne Stammeinlage nicht unter 1000.— Franken (Art. 788 I OR) herabgesetzt werden.

[4]) Private Mitteilung an jeden Gläubiger genügt nicht, auch wenn alle Gläubiger bekannt sind; Janggen-Becker, Art. 788 N 14.

durchgeführte Herabsetzung ins HReg eingetragen[1]). Der Herabsetzungsbeschluß ist damit rechtswirksam geworden (Art. 734 OR). Die ideelle Beteiligung des einzelnen Gesellschafters bleibt dieselbe, nur der Nennbetrag der Stammeinlage wird verändert[2]).

Tritt vor Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses die G.m.b.H. in Konkurs, dann kann der Gesellschafter keinen Anspruch auf die sog. Rückzahlungsquote geltend machen. Der Anspruch auf die Rückzahlungsquote entsteht erst mit der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses ins HReg.

Die Erhöhung des Stammkapitals (Art. 786 OR) hingegen gibt dem Gesellschafter keinen Anspruch, wohl aber der G.m.b.H. und den Gesellschaftsgläubigern. Sie ist gleichsam eine Neugründung der G.m.b.H.[3]). Die Erhöhung des Stammkapitals hat eine Erhöhung des Haftungsbetrages des einzelnen Gesellschafters zur Folge. Der Erhöhungsbeschluß bedarf daher der Einstimmigkeit[4]).

Je nach dem die Haftungssumme ein oder mehrere Male durch Herabsetzung oder Erhöhung des Stammkapitals geändert wurde, sind verschiedene Haftungssummen möglich, die je einen separaten Kollokationsplan bedingen[5]). Erhöhung und Herabsetzung wirken erst im Moment, wo die vollendete Durchführung im HReg eingetragen ist. Für die vor Bekanntmachung entstandenen Schulden haftet die ursprüngliche Haftungssumme[6]).

Wurde beispielsweise die Haftungssumme herabgesetzt, so ist zunächst eine besondere Masse in der Höhe der herabgesetzten Haftungssumme zu bilden, welche allen Gesellschaftsgläubigern haftet. Eine weitere Masse ist zu bilden in der Höhe der Differenz zwischen ursprünglicher und herabgesetzter Haftungssumme. Dieser Mehrbetrag haftet nur

---

[1]) Der Anmeldung, die von allen Geschäftsführern zu unterzeichnen ist, ist die öffentliche Urkunde über den Gesellschaftervers.-Beschluß und der Revisionsbericht beizulegen (Art. 84 und 90 HRegVO). Die Urkundsperson muß bescheinigen, daß die Anmeldungsfrist abgelaufen ist.

[2]) Feine, S. 616.

[3]) Müller W., S. 116.

[4]) Müller W., S. 117.

[5]) Vgl. BGE 48 III 214; Kreis, S. 81 ff.; vgl. BGE 60 III 13.

[6]) BGE 42 III 146; Kaufmann, S. 75; Wieland II, S. 346; Kreis, S. 92.

den Gläubigern, deren Forderungen vor der Herabsetzung begründet waren. — So haben wir drei Massen:[1])

1. Die Masse aus dem Gesellschaftsvermögen.
2. Die Masse in der Höhe der herabgesetzten Haftungssumme.
3. Die Masse in der Höhe des Mehrbetrages der ursprünglichen Haftungssumme.

Die entsprechende Anwendung auf die Erhöhung des Stammkapitals:

1. Die Masse aus dem Gesellschaftsvermögen.
2. Die Masse in der Höhe der ursprünglichen, noch nicht erhöhten Haftungssumme, welche allen Gläubigern haftet.
3. Die Haftungssumme in der Höhe der Differenz zwischen erhöhter und ursprünglicher Haftungssumme.

Dieser Mehrbetrag[2]) haftet nur jenen Gläubigern, deren Schulden nach der Erhöhung begründet wurden. Jede Masse hat ihren besonderen Kreis von Gläubigern, für die je ein separater Kollokationsplan aufgestellt wird. Alle Kollokationspläne sind zu publizieren, damit jeder Gesellschaftsgläubiger seine Plazierung nachprüfen und eventuell die Kollokationsklage erheben kann (Art. 249/250 SchKG)[3]). Die Verteilung erfolgt in der Weise, daß zuerst diejenige Masse, die dem kleinsten Kreise von Gläubigern haftet, liquidiert wird. Soweit diese Gläubiger befriedigt wurden, werden nun ihre Forderungen gegen die nächstfolgende Masse, die einem größeren Kreise von Gläubigern haftet, herabgesetzt oder gestrichen[4]).

Ein letzter Anspruch aus der Mitgliedschaft ersteht dem Gesellschafter aus seinem Recht auf die Bauzinsen[5]). Bauzinse als eine Vergütung auf die Stammeinlage für die Zeit der Vorbereitung bis zum Anfang des vollen Betriebes sind nur zuläßig, wenn sie in den ursprünglichen Statuten

---

[1]) Burckhardt, S. 121; Janggen-Becker, Art. 802 N 20; Vgl. Ausführungen unter Ziff. 7 „Die Stellung der Geschäftsgläubiger".

[2]) Siegwart, Art. 610/12 N 52; BGE 60 III 13.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 16 und 22.

[4]) Kreis, S. 96; Burckhardt, S. 122.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 9, Ziff. 2.

enthalten sind[1]). Der Anspruch dauert nur bis zu dem Endtermin, den die Statuten für die Auszahlung festsetzen[2]).

Außer diesen Ansprüchen, die sich aus der Mitgliedschaft ergeben, kann der Gesellschafter jede Forderung aus außergesellschaftlichen Gründen, die ihm gegen die G.m.b.H. zusteht, als Gläubiger im Gesellschaftskonkurse geltend machen. Unter die Konkursforderungen fallen alle Ersatzansprüche für Auslagen und Verbindlichkeiten, die ein Gesellschafter in den Angelegenheiten der G.m.b.H. macht. Der Honoraranspruch, der dem Gesellschafter aus einem dienstvertraglichen Verhältnis zukommt, gehört in die erste Klasse (Art. 219 SchKG)[3]). — Andere Ansprüche wie Mietzinsforderungen, Kaufpreis für verkaufte Sachen, Darlehen usw. und andere Rechtsgeschäfte[4]) legitimieren den Gesellschafter wie jeden Dritten als Konkursgläubiger im Gesellschaftskonkurse aufzutreten.

Der Gläubiger hat ein Recht, seine Forderung mit einer Forderung, welche dem Gemeinschuldner ihm gegenüber zusteht, zu verrechnen (Art. 213 I SchKG)[5]). Art. 213 III SchKG bestimmt, daß nach Konkursausbruch rückständige Aktienbeträge nicht mehr verrechnet werden können. Nach Guhl[6]) ist die Verrechnung wie bei der A.G. auch bei der G.m.b.H. grundsätzlich zulässig. Doch kann bei der G.m.b.H. die Verrechnung nur dann rechtsgültig sein, wenn die zu verrechnende Forderung im Zeitpunkt der Verrechnung vollwertig ist[7]). Die Fordeurng des Gesellschafters ist aber nur dann vollwertig, wenn er von der Gesellschaft Bezahlung verlangen könnte und erhalten würde[8]).

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 804 N 16.

[2]) BGE 37 II 69.

[3]) Nach Jaeger C. Art. 219 N 17 alle Lohnbeträge aus Dienstvertrag. — Anderseits in N 15: dazu gehören nicht die Direktoren.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 9, Ziff. 2.

[5]) Anders des dGmbHG, das in § 19 ein Verrechnungsverbot aufgestellt hat. Dieses bezweckt die sog. Nachgründungen zu verhüten (Hachenburg § 5).

[6]) Guhl, S. 340.

[7]) Janggen-Becker, Art. 798 N 4.

[8]) Hachenburg, § 19 N 16.

Ob die in Betracht kommende Forderung aus der Mitgliedschaft oder aus irgend einem Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft entstanden ist, ist weniger von Belang. Von Bedeutung erscheint aber, ob das Stammkapital voll einbezahlt ist oder nicht (Art. 213 III SchKG). Denn ein Gesellschafter kann eine Forderung, die ihm gegen die Gesellschaft zusteht, nie gegen seine Haftungssumme zur Verrechnung bringen[1]). Umgekehrt kann auch die Haftungssumme nicht verrechnet werden mit einer Forderung, die einem Gesellschafter gegen einen einzelnen Gläubiger zusteht[2]). — Nach Müller[3]) ist die Liberierung des nicht-einbezahlten Stammkapitals durch Verrechnung gestattet. Dadurch kann der Gesellschafter, der von den Gläubigern für den nicht-einbezahlten Betrag belangt wird, Verrechnung mit der Gegenforderung entgegenhalten, wenn es sich nicht um eine Umgehung der Vorschriften über Sacheinlagen handelt.

2. Die Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Gesellschaftskonkurse

Die Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters ist verschieden, je nach den Umständen, unter welchen der Austritt erfolgte.

a) Wenn ein Gesellschafter seinen Anteil durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Erwerber mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung überträgt, wird er im Anteilbuch gelöscht (Art. 791 OR). Als ausgeschiedener Gesellschafter haftet er aber weiterhin den Gesellschaftsgläubigern nach Art. 591 und 802 OR[4]). Bei Kaduzierung seines Rechtsnachfolgers kann er von der Gesellschaft in Anspruch genommen werden[5]).

b) Zahlt ein Gesellschafter den geforderten Betrag nicht ein, so kann er von der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Der kaduzierte Gesellschafter kann von der Konkursverwaltung nach Art. 802 und von den Gesellschaftern nach Art. 799 II OR belangt werden[6]).

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 802 N 25.

[2]) Janggen-Becker, Art. 802 N 25; Burckhardt, S. 120; Hagmann, S. 10.

[3]) Müller P., S. 34; vgl. Kreis, S. 43.

[4]) Janggen-Becker, Art. 801 N 2; maßgebend ist der Zeitpunkt in dem der Ausschluß beschlossen und erklärt worden ist.

[5]) Jangen-Becker, Art. 801 N 1; Siegwart, Art. 610/2 N 50/52.

[6]) Vgl. Ausführungen in § 21, S. 137; Widmer, S. 75 ff.

c) Im Falle, wo der Gesellschafter aus einem in den Statuten vorgesehenen Grunde (Art. 822 I OR) oder aus einem wichtigen Grunde (Art. 822 II OR) den Austritt erwirkte oder ausgeschlossen wurde[1] oder wo die Gesellschaft die gerichtliche Ausschliessung eines Gesellschafters (Art. 822 III OR) herbeiführte, hat dieser ausgeschiedene Gesellschafter Anspruch auf sein Liquidationsguthaben[2]), das dem inneren Wert seines Anteiles entspricht[3]). — In der Auszahlung des Liquidationsguthabens liegt eine Rückzahlung der Einlage; diese ist aber nur zulässig nach Durchführung eines Kapitalherabsetzungsverfahrens (Art. 822 IV OR)[4]). Eine Hearbsetzung um den vollen Betrag der Einlage ist nicht unbedingt notwendig, was aus Art. 794 Ziff. 4 OR resultiert. — Wird der Ausgeschiedene aus dem gesetzlichen Reservefonds[5]) abgefunden, haben die Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf die Höhe der noch ausstehenden Einlage[6]). Im Konkurse der Gesellschaft kann der Ausgetretene sein Liquidationsguthaben[7]), sofern er noch nicht befriedigt wurde, als Konkursforderung eingeben.

d) Ist ein Gesellschafter in Konkurs[8]) geraten oder wurde sein Anteil gepfändet, kann der Konkursverwalter diesen Anteil versteigern (Art. 794 Ziff. 2—4 OR).

e) Stirbt ein Gesellschafter, dann geht der Anteil auf seine Erben über (Art. 792 OR). Lehnen die Erben[9]), den Gesellschaftsanteil des Erblassers zu übernehmen, ab, treten sie nicht in die Gesellschaft ein.

---

[1]) Nach Janggen-Becker, Art. 822 N 6 Einstimmigkeit oder qual. Mehr.

[2]) Gamma, S. 41; vgl. Ausführungen oben unter Ziff. 1.

[3]) Janggen-Becker, Art. 822 N 6; Hagmann, S. 24.

[4]) Vgl. BGE 65 I 148 betr. die A. G., die nicht berechtigt ist, den Aktionären die Einzahlung zurückzuerstatten.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 19, S. 128.

[6]) Art. 802 OR; in diesem Falle erübrigt sich eine Kapitalherabsetzung.

[7]) Ueber die Berechnung des Liquidationsguthabens vgl. Siegwart, Art. 547 N 47.

[8]) Vgl. unten Besonderer-Teil, I. Kapitel, S. 141; vgl. Grübel, S. 96.

[9]) Der Gesellschaftsanteil wird grundsätzlich vererbt (Scherer, Sieben Vorträge, S. 107). Wo die Vererblichkeit nicht vorbehaltlos zugelassen ist, wird der Erbe erst mit dem Eintrag Mitglied, vgl. Canner, S. 85.

Wird in allen diesen Fällen das Stammkapital nicht um die Einlage des ausscheidenden Gesellschafters herabgesetzt, bleibt der ausgeschiedene Gesellschafter der G.m.b.H. gleich einem Kollektivgesellschafter den bisherigen Gesellschaftsgläubigern verhaftet (Art. 510 OR)[1]. Art. 591 OR statuiert eine Verjährungsfrist von fünf Jahren, die mit der Veröffentlichung des Austritts im SHAB zu laufen beginnt. Der Ausgeschiedene kann aber erst in Anspruch genommen werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder er selbst in Konkurs geraten ist[2]. Die Verjähurng beginnt erst, wenn der Hauptanspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft fällig geworden ist[3]. Wird die Forderung des Gläubigers gegen die G.m.b.H. erst drei Jahre nach dem Austritt eines Gesellschafters fällig, so kann der Ausgeschiedene noch nach acht Jahren in Anspruch genommen werden. Die bloße Kündbarkeit muß der Fälligkeit gleichgestellt werden (Art. 130 II OR).

Die pfandversicherten Forderungen sind unverjährbar (Art. 807 ZGB). Nach herrschender Meinung sind sowohl der Anspruch gegen das Gesellschaftsvermögen als auch alle Ansprüche gegen die einzelnen Gesellschafter unverjährbar[4]. Diese Auffassung ist m. E. unbillig. So könnte ja ein Gesellschafter, der womöglich vor zehn Jahren aus der Gesellschaft ausgetreten ist, immer noch belangt werden im Falle des Gesellschaftskonkurses, sofern er nicht vom Grundpfandgläubiger aus der Haftung entlassen wurde. Der Art. 591 OR kann denn sehr wohl auch dahin verstanden werden, daß der gegen das Privatvermögen des ausgeschiedenen Gesellschafters gerichtete Anspruch der fünfjährigen Verjährung unterliegt, auch wenn der gegen das Gesellschaftsvermögen gerichtete Anspruch unverjährbar ist. Die Verjährungsfrist berechnet sich von dem Termin an, auf den der Grundpfandgläubiger nach Veröffentlichung des Austritts erstmals hätte kündigen können.

Als besonderes Recht kommt dem ausgeschiedenen Gesellschafter der Regreßanspruch gegen seine Mit-

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 14, Ziff. 1, lit. a bb, S. 89.

[2]) Siegwart, Art. 591 N 8.

[3]) Die Konkurseröffnung bedingt die Fälligkeit.

[4]) Siegwart, Art. 591/3 N 1.

gesellschafter, die die Gesellschaft fortsetzen, zu[1]). Ob als präventives Schutzmittel Art. 512 Ziff. 3 OR betr. die Bürgschaft analog auf die G.m.b.H. angewendet werden kann, womit die übrigen Gesellschafter den Ausgeschiedenen durch Bezahlung der Gesellschaftsschulden von seiner Haftung befreien oder ihm Sicherheit leisten, bleibt dahingestellt. Unter Umständen ist aber möglich, daß sich der Ausgeschiedene der Rechtsbehelfe des Art. 503 OR bedienen kann. Der Wunsch eines ausgeschiedenen Gesellschafters, alle seine Beziehungen zu den Gesellschaftsgläubigern möglichst rasch zu lösen, ist begreiflich. Aber das Interesse der Gesellschafter an der Aufrechterhaltung der Rechtsbeziehungen zu ihren Gläubigern ist noch wichtiger[2]).

3. Die Stellung des Genußscheininhabers im Gesellschaftskonkurse

Auch bei der G.m.b.H. ist die Ausgabe von Genußscheinen[3]) zulässig unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der A.G. (Art. 657 ff. OR). Die Genußscheine sind Wertpapiere ohne Nennwert. Sie können nach Maßgabe der Statuten oder auf dem Wege der Statutenänderung durch Gesellschafterversammlungsbeschlüsse ausgestellt werden an Gesellschafter, Angestellte, Stiftungen usw. mit dem Zwecke, dem Besitzer entweder ein Vermögensrecht am Gewinn der Gesellschaft oder an dem Liquidationsergebnis zu sichern[4]). Nach Art. 657 OR begründen sie keine Mitgliedschaftsrechte, somit auch keine Mitgliedschaftspflichten. Eine Zuweisung an Genußscheininhaber ist nur zulässig, soweit Vermögen über das Stammkapital hinaus vorhanden ist. Ob nach den Statuten alle Inhaber von Genußscheinen gleich zu behandeln seien, ist Auslegungsfrage[5]).

Steht dem Genußscheininhaber ein Anspruch auf den Reingewinn zu, dann kann er unter Umständen im Gesellschaftskonkurs als Gläubiger in Erscheinung treten. Sofern

---

[1]) Vgl. Kreis, S. 86 ff.

[2]) Dadurch ist im Konkursfalle die Beanspruchung der verbliebenen Gesellschafter geringer. Vgl. Ausführungen in § 15 Z. 7, § 20, 1/2.

[3]) Klemperer, V., Die rechtliche Natur der Genußscheine, Halle.

[4]) Klemperer, S. 84.

[5]) Janggen-Becker, Art. 807 N 20; Feine, S. 133.

er nur das Recht auf einen gewissen Teil am Reingewinn hat, genügt es, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung der Reingewinn in einer Bilanz ordnungsgemäß festgestellt war. Der Genußscheininhaber ist berechtigt, eine Konkursforderung in dieser Höhe einzureichen.

Geht der Anspruch auf den Liquidationsanteil, so kann dieser nicht als Konkursforderung eingegeben werden[1]). Erst nach Beendigung des Konkurses, wenn noch ein Vermögensüberschuß vorhanden ist, kann in der Liquidation das Recht auf dessen Erlös vom Genußscheininhaber geltend gemacht werden.

Nicht zu verwechseln mit den Genußscheinen sind die Genußanteile, die dem Erwerber Mitgliedschaftsrechte einräumen, ohne daß dieser einen Stammanteil besitzt[2]). Die Genußanteile unterstehen den gleichen Regeln wie die eigentlichen Gesellschaftsanteile und haben wie diese keinen Wertpapiercharakter[3]).

4. Die Stellung des Pfandgläubigers[4]) im Gesellschaftskonkurse

Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteiles ist im OR nicht besonders geregelt. Es greift Art. 899 ZGB ein, wonach Forderungen und andere Rechte verpfändet werden können, sofern sie übertragbar sind. Die Verpfändung ist nur zulässig, wenn die Statuten die Abtretung eines Gesellschaftsanteiles nicht verbieten[5]). Die Verpfändung muß der Gesellschaft mitgeteilt werden. Ein Pfändungsvermerk wird im Anteilbuch eingetragen[6]). Die Vermögensstücke der Gemeinschuldnerin, die mit einem Pfandrecht[7]) belastet sind,

---

[1]) Analog beim Gesellschafter vgl. oben Ziff. 1.

[2]) Canner, S. 9 stützt sich bei der Begründung der Zulässigkeit auf Art. 745 des bundesrätlichen Entwurfes, der jedoch nicht Gesetz geworden ist.

[3]) Canner, S. 9; vgl. Ausführungen in § 18; vgl. Grübel, S. 93, 94.

[4]) Krauß, Die Pfandgläubiger im Konkurs und im Nachlaßvertrag, Diss. Bern 1904.

[5]) Janggen-Becker, Art. 791 N 16; Grübel, S. 95 ff.

[6]) Müller Walter, S. 45; vgl. Grübel, S. 101.

[7]) Faust- (Art. 891—893 ZGB) und Grundpfand (Art. 795, 813—15, 818 und 819 ZGB; Art. 219 III SchKG).

werden ebenfalls zur Konkursmasse gezogen[1]). Nach Art. 198 SchKG steht den Pfandgläubigern ein Vorzugsrecht zu[2]). Dieses Vorzugsrecht muß von den gesetzlichen Konkursvorrechten des Art. 219 SchKG unterschieden werden. Bei diesem dem Pfandgläubiger zustehenden Vorzugsrecht handelt es sich nicht um eine Vorausbefriedigung aus der gesamten Konkursmasse, sondern lediglich um eine Vorbefriedigung aus dem Erlös eines Bestandteiles des schuldnerischen Vermögens, der dem Gläubiger zur Sicherheit gegeben wurde. Ein nach Tilgung der pfandversicherten Forderung verbleibender Ueberschuß fällt in die Konkursmasse zu Gunsten der andern Gläubiger ohne Pfandrechte[3]). Ergibt sich bei der Verwertung ein Mindererlös, dann hat der Pfandgläubiger für den ungedeckten Teil keine bevorzugte Stellung mehr. Mit dem dem Pfandgläubiger noch zustehenden Anspruch beteiligt er sich an der allgemeinen Konkursmasse und wird je nach Art der Forderung in eine der gesetzlichen Rangklassen des Art. 219 IV SchKG kolloziert.

5. Die Stellung der Schadenersatzgläubiger im Gesellschaftskonkurs

Einen Schadenersatzanspruch kann die Gesellschaft, der Gesellschafter oder auch ein Dritter geltend machen, je nachdem das schädigende Ereignis diese oder jene Vermögenslage vermindert hat. Die Ersatzpflicht bei vertragswidrigem Verhalten ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz (Art. 97 ff. OR). Es kann sich handeln z. B. um Verletzung der Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag, besonders unsorgfältige Geschäftsführung[4]) oder Mißachtung des Konkurrenzverbotes[5]) durch die Geschäftsführer.

Da die G.m.b.H. als juristische Person nicht selbst hand-

---

[1]) Vgl. BGE 37 I 577.

[2]) Das DK-Recht hat die abgesonderte Befriedigung. Jaeger E., S. 76.

[3]) Jaeger C., Art. 219 N 2.

[4]) Der Geschäftsführer ist nach Art. 827 und 754 für jede Fahrlässigkeit haftbar; Janggen-Becker, Art. 814 N 3; oben § 14 a cc. S. 93.

[5]) Art. 818 OR; eine Ausdehnung des Konkurrenzverbotes auf alle Gesellschafter ist nach Art. 777, Ziff. 5 nur durch Aufnahme in die Statuten zulässig.

lungsfähig ist, können nur dessen Organe[1]) handelnd auftreten. Für ihre Verrichtungen haftet aber die G.m.b.H. (Art. 814 IV OR). Nach Art. 55 III ZGB sind die handelnden Personen außerdem noch persönlich verantwortlich. Der Geschädigte hat daher die Wahl, die G.m.b.H. oder den Schädiger persönlich oder beide zu belangen.

Nicht nur ein Organ der G.m.b.H. kann zur Schadenersatzpflicht herangezogen werden. Auch ein Gesellschafter kann z. B. durch Nichterfüllung seiner Einzahlungspflicht schadenersatzpflichtig werden. Das kann einen Mitgesellschafter auch zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches berechtigen, sofern durch Nichterfüllung der Stammeinlage eines Gesellschafters ein Schaden erwachsen ist. — Durch den Verzug beginnen nach Art. 102 OR Verzugszinse zu laufen. Eine in den Statuten vorgesehene Konventionalstrafe wird fällig (Art. 799 I OR). Bei Verschulden der Nichterfüllung der Einzahlungspflicht kann die G.m.b.H. nach den Art. 106 und 161 II OR Schadenersatz verlangen. — Ob auch der einzelne Gesellschafter einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann, wenn ihm dadurch Schaden entstanden ist, ist umstritten[2]).

Nehmen wir eine G.m.b.H. mit den beiden Gesellschaftern A und B. A leistet seine fällige Einlage nicht. Die Gesellschaft kommt in Konkurs. Nach BGE 37 II 36 kann nun B dem A gegenüber nicht geltend machen, er habe im Gesellschaftskonkurse nicht nur für die Einlage des A aufkommen müssen nach Art. 802 OR, noch sei er überdies durch die Säumigkeit des A und den infolgedessen ausgebrochenen Konkurs mit seiner eigenen Einlage zu Verlust gekommen.

Das BGer hat den Anspruch des Gesellschafters deshalb abgelehnt, weil nicht besondere Rechtsbeziehungen bestehen würden. Alle Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft oder einer G.m.b.H. sind durch ein einheitliches vertragliches Band miteinander verbunden[3]). Auch verpflichtet sich jeder Gesellschafter der G.m.b.H. seinen Mitgesellschaftern gegenüber zur Leistung an die Gesellschaft. Unter diesem

---

[1]) Betrifft in erster Linie die Geschäftsführung.

[2]) Vgl. BGE 37 II 36 betr. die Klage eines Kommanditärs gegen einen Mitkommanditär. Der persönl. Schadenersatzanspruch wurde verneint.

[3]) Siegwart, Art. 542 N 11; Art. 598 N 7.

Gesichtspunkt erscheint der Gesellschaftsvertrag als ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Beim normalen Vertrag zu Gunsten Dritter ist anerkannt, daß auch der Stipulant Erfüllung an den Dritten und bei Nichterfüllung Ersatz seines eigenen Schadens verlangen kann[1]). Da jeder Gesellschafter sich gegenüber jedem Mitgesellschafter zur Leistung an die Gesellschaft verpflichtet hat, so kann daher bei Nichterfüllung jeder einzelne Gesellschafter seinen persönlichen Schaden geltend machen[2]).

Wenn nun der Gesellschafter seinen mittelbaren Schaden geltend macht, der ihm indirekt durch die Schädigung der Gesellschaft erwächst, läuft demnach der säumige Gesellschafter Gefahr, für den gleichen Schaden sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Gesellschaftern aufkommen zu müssen. Die für die Verantwortlichkeitsklage[3]) entschiedene Regelung empfiehlt sich m. E. auch für den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung der Einzahlungspflicht. Somit kann jeder Gesellschafter neben der Gesellschaft persönlich auch seinen mittelbaren Schaden geltend machen, jedoch nur Erfüllung an die Gesellschaft verlangen.

Wenn nun die Art. 755 und 766 OR analog zur Anwendung kommen, treffen auch die Ausführungen in BGE 59 II 454 zu. Darnach kann der Aktionär, entgegen der gesetzlichen Regel, auch die Zusprechung des sekundären Schadens an sich selbst verlangen, wenn die Gesellschaft auf die Geldendmachung ihres Anspruches verzichtet, oder wenn keine Gesellschaftsgläubiger mehr vorhanden sind. Daraus resultiert, daß nach Abschluß des Gesellschaftskon-

---

[1]) vor Thur/Siegwart, S. 637.

[2]) So RGer. in Juristische Wochenschrift 06; S. 144 betr. eine Kommanditgesellschaft.

[3]) Dieses Problem stellt sich auch bei der Verantwortlichkeitsklage, die jedem einzelnen Gesellschafter der G.m.b.H. analog dem Aktionär der A.G. zusteht. In den BGE 44 II 38 und 59 II 454 wurde entschieden, daß der einzelne Aktionär seinen ganzen Schaden geltend machen, aber nur bezüglich des unmittelbar persönlichen Schadens Leistung an sich selbst verlangen könne. — Bezüglich des mittelbaren sekundären Schadens, der ihm durch Schädigung der Gesellschaft erwachse, könne er nur Leistung an die Gesellschaft fordern. Vgl. Wieland, A., ZSRnF 23, S. 260 ff.

kurses ein Gesellschafter die Deckung seines Schadens auch dann verlangen kann, wenn, entgegen von Art. 756 II OR, die Gesellschaft ihren Anspruch dem Gesellschafter nicht zur Geltendmachung abgetreten hat. Der persönliche Anspruch des Gesellschafters besteht somit unabhängig vom Anspruch der Gesellschaft[1]).

6. Die Stellung der Gläubiger für Saläransprüche[2])

Bei der G.m.b.H. mit der personalistischen resp. individualistischen Gesellschaftsform, wonach die Geschäftsführung und Vertretung persönlich von den Gesellschaftern selbst ausgeübt wird, wie bei der G.m.b.H. mit der kollektivistischen Form, wonach die Geschäftsführung und Vertretung einem Gesellschafter oder Dritten als widerrufliches Recht übertragen wird[3]), haben die Geschäftsführer und Vertreter als Beamte und Angestellte das Recht, ihre Ansprüche für fällige noch nicht ausbezahlte Lohnguthaben als Konkursforderung einzureichen[4]).

Während die bisherige Praxis (aOR Art. 567) namentlich bezüglich der gesellschaftlichen Honoraransprüche stark schwankte, spricht nun Art. 570 OR in bejahendem Sinne[5]). Als Konkursforderung werden die Lohnansprüche für das letzte Halbjahr vor Konkurseröffnung so privilegiert, daß sie in die erste Klasse kolloziert werden (Art. 219 SchKG). Die verschiedenen Klassen sind untereinander bevorzugt, während die Gläubiger einer und derselben Klasse unter sich gleiches Recht haben (Art. 220 SchKG). Lohnforderungen für die Zeit nach Konkurser-

---

[1]) BGE 64 III 22.

[2]) Dazu gehören nicht nur das fixe Gehalt als Salär oder Honorar, sondern jede vertraglich zugesicherte Entschädigung für geleistete Arbeit, auch in Form von Gewinn, Tantiémen, Provisionen, Naturalleistungen, Dienstwohnungen, Dienstkleidungen, Gratifikationen. Vgl. Jaeger C. Art. 219 N 15.

[3]) Gamma, S. 56; Wieland I, S. 393.

[4]) Jaeger C. Art. 219 N 15; Siegwart, Art. 570 N 23.

[5]) Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 N 92; vgl. oben Ziff. 1.

öffnung sind nicht Konkursforderungen[1]). Der Arbeitnehmer hat aber die Möglichkeit, die ihm in Art. 332 OR eingeräumten Rechte aus dem Dienstvertrag als Konkursforderung geltend zu machen.

Oder eine andere Möglichkeit bietet sich dem Arbeitnehmer dadurch, daß er mit der Konkursverwaltung einen neuen Dienstvertrag abzuschließen versucht, um so den Lohn sicherzustellen.

7. Die Stellung des Geschäftsgläubigers im Gesellschaftskonkurse

Alle, die zur Zeit der Konkurseröffnung einen Anspruch gegen die G.m.b.H. haben, sind Konkursgläubiger[2]). Die meisten Konkursforderungen gehören mit Ausnahme der in diesem § von Ziff. 1—6 behandelten Tatbestände zu dieser Kategorie. Voraussetzung ist, daß das Rechtsgeschäft mit der G.m.b.H. d. h. mit den diese vertretenden Organen abgeschlossen worden ist. Persönliche Schulden des Gesellschafters sind vom Gesellschaftskonkurse ausgeschlossen. Die Gläubiger des einzelnen Gesellschafters sind ganz auf dessen Privatvermögen angewiesen, sofern nach dem Gesellschaftskonkurse kein Gesellschaftsvermögen mehr übrig bleibt[3]). Darunter fallen auch die Ehefrauen der Gesellschafter, welche ihr Frauengut im Gesellschaftskonkurse nicht anmelden können, weil sie in Bezug auf dieses Privatgläubiger der Ehemänner sind[4]).

---

[1]) Jaeger C. Art. 219 N 14; Der Konkurs des Arbeitgebers löst den Vertrag nicht ohne weiteres auf, gibt aber dem Arbeitnehmer das Recht des Rücktrittes, wenn ihm der zukünftige Lohn nicht binnen Frist sichergestellt wird (Art. 354 OR).

[2]) Jaeger E. §§ 209/10 N 14; vgl. Einleitung zu diesem §.

[3]) Hagmann, S. 33.

[4]) Da die G.m.b.H. in vielen Beziehungen sich sehr gut für eine Familiengesellschaft eignet, wird es auch nicht so selten sein, daß die Ehefrau einen Gesellschaftsanteil in die Ehe bringt. Je nach dem ehelichen Güterstande beurteilt sich die Stellung der Ehefrau in der Gesellschaft. Bei Gütertrennung ist die Frau voll und ganz selbständig. Der Mann kann bei diesem Güterstande als Vertreter der Frau nur im Sinne des Art. 242 ZGB handeln. — Beim ordentlichen Güterstande der Güterverbindung ist der Mann soweit frei als er intern die Ein-

Ein in einer G.m.b.H. wohl oft vorkommender Fall betrifft den ausgeschiedenen Gesellschafter. Wird im Gesellschaftskonkurse der ausgeschiedene Gesellschafter mit herangezogen, so kommt dessen Leistung ausdrücklich nur jenen Gläubigern zugute, denen ein Anspruch zusteht bis zu jenem Momente [1]), wo der Austritt erfolgte. Die Forderungen dieser „alten" Gläubiger müssen in einem separaten Kollokationsplan aufgestellt werden [2]). Die Haftungssumme des ausgeschiedenen Gesellschafters wird festgesetzt. Kommt die Konkursverwaltung dieser Pflicht nicht nach [3]), so kann der ausgeschiedene Gesellschafter jederzeit wegen Rechtsverweigerung Beschwerde führen (Art. 17 III SchKG) [4]). — Die „alten" Gläubiger untereinander, die sich an den ausgeschiedenen Gesellschafter halten können, konkurrieren an der „Hauptmasse" nur mit ihrem verbleibenden Ausfall [5]). Nicht nur die „alten" Gläubiger, sondern überhaupt alle haben ein Interesse, weil durch die teilweise Befriedigung der privilegierten Gläubiger die Lage der andern bei der Hauptverteilung eine günstigere wird [6]). Die Kosten des separaten Kollokationsplanes werden, sofern sie geringe sind, von der allgemeinen Konkursmasse getragen. Andernfalls muß der Sonderanspruch den „alten" Gläubigern nach Art. 260 SchKG abgetreten werden [7]).

Die „alten" Gläubiger trachten natürlich darnach, daß von den verbliebenen Gesellschaftern möglichst wenig eingeht, damit der ausgeschiedene Gesellschafter umsomehr herangezogen werden kann. — Das erhellt aus folgendem Beispiel: Der gesamte Konkursausfall betrage 60. $^2/_3$ aller Konkursforderungen sind „alte" Forderungen; $^1/_3$ sind neue

---

willigung der Ehefrau nur benötigt, wenn sein Handeln den Bestand oder den rechtlichen Inhalt des Anteiles berührt (Egger, Art. 202 N 2) — Bei der Gütertrennung endlich vertritt der Ehemann den Gesellschaftsanteil nach Art. 210 ZGB analog des Vertreters der übrigen Gesamthandschaften (Art. 653 II ZGB).

[1]) d. h. die Löschung im HReg. Vgl. SJZ 36, S. 110.

[2]) Vgl. BGE 48 III 214; vgl. Kreis, S. 91.

[3]) Betr. zusätzliche Haftungssumme und separater Kollokationsplan.

[4]) Vgl. BGE 59 III 199.

[5]) Siegwart, Art. 610/12 N 52; vgl. Kreis, S. 95.

[6]) Vgl. BGE 59 III 208.

[7]) Vgl. BGE 60 III 11.

Forderungen. Die Haftungsgrenze in concreto betrage 30. Von den verbliebenen Gesellschaftern können aber nur 18 eingetrieben werden. Die Differenz von 12 ist die Haftungssumme des ausgeschiedenen Gesellschafters. Somit erhalten, abgesehen vom Liquidationsergebnis des Gesellschaftsvermögens, die „alten" Gläubiger 12 vom ausgeschiedenen Gesellschafter plus 2/3 von 18 gleich 12, total 24. Die neuen Gesellschafter erhalten dagegen nur 1/3 von 18 gleich 6. Würden die „alten" Gläubiger durch die Inanspruchnahme des ausgeschiedenen Gesellschafters für ihre Konkursforderungen voll gedeckt werden, dann bleiben die Leistungen der verbliebenen Gesellschafter den neuen Gläubigern reserviert.

Eine weitere Forderung kann die Wiedereinwerfung rechtswidriger Rückleistungen verlangen. Vor Auflösung der G.m.b.H. kann der Gläubiger nicht gegen die Gesellschafter vorgehen. Mit der Konkurseröffnung kann aber der Konkursverwalter im Namen der Gesellschaftsgläubiger[1]) alle fiktiven Gewinne, die seit Jahren gutgläubig bezogen wurden, wiedereinfordern[2]). — Der Rückforderungsanspruch der Gläubiger verjährt nicht mit dem Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft nach Art. 806 OR, sondern der Eintritt der Fälligkeit beginnt erst mit der Konkurseröffnung, weil der Gläubiger vor Auflösung der G.m.b.H. keinen Rückforderungsanspruch geltend machen kann. — Während bei der A.G. die Verwaltungsräte alle Bezüge zurückzuerstatten haben, die sie in den letzten drei Jahren vor Konkursausbruch in rechtswidriger Weise bezogen haben (Art. 679 OR)[3]), verpflichtet Art. 806 dagegen bei der G.m.b.H. alle gutgläubigen Gewinnbezüger zur Wiedereinwerfung ihrer rechtswidrig[4]) bezogenen Gewinne, wenn die Rückforderung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger notwendig ist. Der Bezüger von fiktiven Gewinnen, der sich auf die Gutgläubigkeit berufen will, kann sich nicht auf Art. 3 ZGB berufen[5]). Wenn aber ein nichtgeschäftsführender Gesellschafter beweist, daß er die Gewinne auf Grund einer

---

[1]) Nicht im Namen der G.m.b.H.

[2]) Janggen-Becker, Art. 802 N 16; Gysin, Festschrift, S. 193.

[3]) Sten. Bull. Nationalrat 1934, S. 747; 1935 S. 201; Ständerat 1935 S. 122.

[4]) Das dGmbHG unterscheidet (§ 30) je zu Gunsten des Art. 806 OR.

[5]) Janggen-Becker, Art. 806 N 4; Sten. Bull. Nationalrat 1935, S. 202.

ordnungsmäßigen Bilanz bezogen hat, wird der Richter gestützt auf Art. 611 II OR den guten Glauben vermuten dürfen. — Neben den ungerechtfertigten Gewinnbezügen gibt es noch verschiedene andere Rückleistungen: Ausschüttung fester Zinsen, unangemessen hohe Gehälter[1]), ausdrückliche oder verschleierte Rückerstattungen von Einlagen[2]), ungerechtfertigter Bezug von Bauzinsen usw.

8. Die Stellung der Nutznießer

Die Möglichkeit der Nutznießung an einem Gesellschaftsanteil der G.m.b.H. ist im OR nicht speziell erwähnt[3]). Nach Art. 745 kann die Nutznießung auch an Rechten bestellt werden. — Während das Pfandrecht[4]) als Wertrecht einzig die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft ergreift, kann die Nutznießung je nach der Gesellschaftsstruktur, ob individualistisch oder kollektivistisch, sogar dem gewöhnlichen Gesellschafter[5]) gleichgestellt werden[6]). — Während eine vertraglich bestellte Nutznießung bei der G.m.b.H. sehr selten auftritt, wird praktisch die gesetzliche Nutznießung auf Grund von Erbfolge und Verfügung von Todes wegen, wie auch als familienrechtliche Nutzung in der G.m.b.H. als Familiengesellschaft eher vorkommen.

Die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung auf die G.m.b.H. wird abgelehnt[7]). Die vertragliche Nutznießung muß in den Statuten umschrieben werden, während

---

[1]) Unangemessen hohe Gehälter werden der Couponsteuer unterworfen (BG über die Ergänzung des schweiz. Stempelabgabegesetzes vom 24. Juni 1937, A. S. 53, S. 814). — Der Fiskus ist leichter geneigt als der Richter und eher berechtigt, die Unangemessenheit der Entlöhnung zu bejahen.

[2]) Vgl. Koch; Bilanzkniffe und Buchführungsschliche. Thieß, Die Bilanzdelikte und ihre Bekämpfung. Jenny, Hintertüren der Buchhaltung. Keßler, Buchführungs- und Kapitaldelikte. Ziegler, Geheimbuchführung 1928.

[3]) Hingegen bei der A. G. durch Art. 690 II OR.

[4]) Vgl. oben Ziff. 4, S. 109; Gamma, S. 29.

[5]) Vgl. oben Ziff. 1, S. 97; Ausführungen in § 9, Ziff. 2; § 21, Ziff. 2.

[6]) Ueber die verschiedenen Auffassungen vgl. Gamma, S. 23/24.

[7]) Neuenschwander, S. 85.

die gesetzliche Nutznießung sich nach den entsprechenden Vorschriften regelt[1])

§ 16. Der Konkursverwalter

Der Konkursverwalter ist nicht ein Organ der G.m.b.H., sondern der Zwangsvertreter der G.m.b.H. als Gemeinschludnerin und deren Gläubiger. Als amtlicher, gesetzlicher Vertreter, der sowohl die Interessen der Gemeinschuldnerin als auch die der Konkursgläubiger zu wahren hat, übt er ein selbständiges Recht aus.

Der Konkursverwalter verfügt ausschließlich über die zur Masse gehörenden Vermögenswerte[2]). — Als wichtigster, unveränderlicher und gebundener Teil des Massavermögens erscheint das Stammkapital[3]). Wenn das Stammkapital nicht voll einbezahlt ist, haben die Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf Erfüllung gegen jeden Gesellschafter[4]). Im Konkurse verschmelzen diese Forderungen zu einer Forderung. Die Gläubigergemeinschaft ist eine Personenverbindung, die mit den Gemeinschaften zur gesamten Hand verwandt ist. Dies berechtigt, den von der Konkursverwaltung gegen den einzelnen Gesellschafter geltend gemachten Anspruch als Gesamtforderung aller berechtigten Gläubiger aufzufassen[5]). Der Gesamthandanspruch soll sich zum Vorteil aller auswirken. Die Gesamtheit der Gläubiger der Gemeinschuldnerin wird als selbständige, rechtliche Einheit mit Partei- und Prozeßfähigkeit behandelt. Erfüllt werden kann somit nur an alle Gesamthandgläubiger gemeinsam oder an deren gemeinsamen Vertreter. Dementsprechend können auch nur alle gemeinsam gegen den Gemeinschuldner vorgehen[6]). Als Vertreterin der Gesellschaftsgläubiger kann die Konkursverwaltung die entsprechenden Haftungssummen einfordern. Verzichtet die Konkursverwaltung ganz oder teilweise auf die Geltendmachung der Gläubigeransprüche, so tritt das Verfahren nach Art. 260 SchKG ein. Weil diese Gläubigeransprüche trotz ihrer Zusammenfassung zu einer Gesamt-

---

[1]) Art. 462 oder 473 und 484 oder 201 und 292 ZGB.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 14, Ziff. 1 und 3, S. 84 ff.; BGE 68 III 140.

[3]) Wieland II, S. 20 nennt das Stammkapital Haftungsstock.

[4]) Art. 802 statuiert für den Gesellschafter keine Einwerfungspflicht.

[5]) Siegwart, Art. 610/12 N 40; Jaeger C. Art. 240 N 5.

[6]) Janggen-Becker, Art. 802 N 2.

handforderung Sonderrechte der einzelnen Gesellschaftsgläubiger sind, kann dann jeder Gläubiger selbständig auf eigene Kosten gegen jeden Gesellschafter vorgehen, aber freilich nur auf die Leistung an die Masse klagen[1]). Gegen einen solchen Einzelanspruch eines Gläubigers ist aber der Gesellschafter befugt, persönliche Einwendungen zu erheben und persönliche Gegenforderungen zu verrechnen[2]) — Nach Burckhardt[3]) hat aber die Konkursverwaltung die Wahl, entweder wie oben ausgeführt, als Vertreter der Gesellschaftsgläubiger die direkte, persönliche Haftung der Gesellschafter auf Leistung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber geltend zu machen, oder als Vertreter der G.m.b.H. als Gemeinschuldnerin den Anspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter auf Leistung der Einlagen zu fordern. Im zweiten Falle kommt das Bezahlte zu dem Gesellschaftsvermögen, d. h. in die allgemeine Konkursmasse. — Im ersten Falle fällt das Bezahlte in eine besondere, vom Gesellschaftsvermögen vollkommen getrennte Masse[4]), welche ausschließlich der Verwirklichung der beschränkt persönlichen Haftung der Gesellschafter dient. Die Haftsumme steht im Eigentum aller Gesellschafter, als Gesamteigentum[5]).

Der Konkursverwalter macht alle der Gesellschaft und der Gläubigergemeinschaft zustehenden Forderungen geltend[6]). Als spezielle Forderungen gelten die sog. Nebenleistungen[7]).

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 802 N 21; vgl. Auhführungen in § 15 Z. 5, S. 110.

[2]) Vgl. Uurckhardt, S. 120; vgl. Ausführungen in § 15 Z. 1, S. 97.

[3]) Burckhardt, S. 119.

[4]) Wieland II, S. 346; Egger, SJZ 34, S 214; Vgl. § 15 Ziff. 5, S. 110.

[5]) Art. 652/54 ZGB.

[6]) Vgl. Ausführungen in § 15, S. 96 ff.; § 20 und 21, S. 129.

[7]) Nach Art. 777, Ziff. 2 OR können die Gesellschafter in den Statuten zu weiteren Leistungen über die Stammeinlage hinaus verpflichtet werden. Die nähere Umschreibung wird in einem Reglement festgelegt, das besonders für Kartelle, weil wir keine Kartell-VO kennen, notwendig wird. — Zuläßig sind Leistungen irgendwelcher Art, periodische oder einmalige Geld- oder Naturalleistungen; auch Unterlassungspflichten können vorgesehen sein (Sten. Bull. Nat.rat, Scherrer, S. 741), Huber, S. 14. Wenn ein Gesellschafter diese weiteren Leistungen nicht erfüllt, so wird er schadenersatzpflichtig; Vgl. § 15, Ziff. 5, S. 110.

Sie sind eine charakteristische Eigenart der G.m.b.H. Als Nebenleistungen können die Statuten Nachschüsse vorsehen, um eine Unterbilanz der Gesellschaft zu beheben[1]). Nach Art. 803 IV OR kann der Rechtsvorgänger für den Nachschuß nicht belangt werden. Wird der Nachschuß versteigert und werden die Nachschüsse durch den erzielten Versteigerungsbetrag nicht gedeckt, so erleidet die G.m.b.H. einen Ausfall. Für diesen bleibt der ausgeschlossene Gesellschafter (Art. 799 II OR)[2]) und nicht die Mitgesellschafter haftbar. — Uns interessiert nun, ob die Festsetzung einer Nachschußpflicht in den Statuten einen Anspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter begründet, der im Konkurse gegen deren Willen geltend gemacht werden kann. — Bei der Genossenschaft ist im Art. 871 OR dem Konkursverwalter das Recht zur Einforderung der Nachschüsse ausdrücklich zuerkannt. In den einschlägigen Artikeln der G.m.b.H. statuiert einerseits Art. 801 1 OR, daß die Nachschüsse nicht unter den Vorschriften über das Stammkapital stehen, anderseits ist gemäß Art. 810 Ziff. 7 OR die Einforderung der Nachschüsse eine unübertragbare Kompetenz der Gesellschafterversammlung[3]). Nach Art. 803 III OR entsteht aber die Forderung der Gesellschaft gegen die Gesellschafter erst durch den Einforderungsbeschluß, der die Höhe der einzutreibenden Nachschüsse festsetzt. Durch den Gesellschafterversammlungsbeschluß werden die Nachschüsse gewöhnliche Forderungen der Gesellschaft. Der Konkursverwalter muß sie deshalb geltend machen.

Alle die im Konkurse möglichen Anfechtungsansprüche[4]) und Schadenersatzansprüche[5]) werden durch den Konkurs-

---

[1]) Daß Nachschüsse nur zur Deckung von Bilanzverlusten eingefordert werden dürfen, ist zwingenden Rechtes (Janggen-Becker, Art. 803 N 1); Die französische LstéRL kennt keine Nachschußpflicht. Das dGmbHG (§ 26) hat die unbeschränkte Nachschußpflicht, sodaß neben dem festen noch ein bewegliches Stammkapital möglich ist.

[2]) Die Gläubiger haben kein Recht, die Gesellschaft zur Einforderung von solchen zu zwingen, weil sie eine interne Angelegenheit sind im Interesse der Gesellschaft (Janggen-Becker, Art. 803 N 12).

[3]) Janggen-Becker, Art. 803 N 4.

[4]) Alles, was Gegenstand der Anfechtungsklage ist, gehört zur Konkursmasse (Art. 200 SchKG); vgl. § 8 und § 9.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 5, S. 110.

verwalter geltend gemacht. Da sie Bestandteile der Masse sind, ergibt sich daraus seine Zuständigkeit[1]). Der Klageanspruch muß mit dem der Exekution unterliegenden Vermögen eine Beziehung haben. Während die in den Art. 286 und 287 SchKG erwähnten Handlungen und Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, soweit sie die Gemeinschuldnerin innerhalb der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung vorgenommen hat, statuiert Art. 288 SchKG als sog. „Deliktspauliana"[2]) alle Rechtshandlungen[3]) als anfechtbar, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme, wenn sie die Gemeinschuldnerin in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu benachteilen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen[4]).

Im Konkurse können je nach Wahl der Gläubigergemeinschaft entweder die gesetzliche Konkursverwaltung, d. h. das Konkursamt, oder die freie Konkursverwaltung tätig werden. Die Aufgabe der Konkursverwaltung bleibt aber dieselbe[5]). An Stelle der Vertretungsorgane der G.m.b.H. übernimmt mit Konkurseröffnung die Konkursverwaltung die Verwaltung und Verfügung über das zur Masse gehörende Vermögen der G.m.b.H.

II. Die Konkursmasse

§ 17. Das Stammkapital

Das Stammkapital[6]) bildet den Grundstock des Gesellschaftsvermögens. Es setzt sich aus den Stammeinlagen zusammen. Unter Einlage versteht man das, was ein Gesellschafter in die Gesellschaft einbringt. Die Höhe der einzelnen Stammeinlage ist das Mindestrisiko des einzelnen

---

[1]) Vgl. Henze, S. 89; Müller Robert, S. 86 ff.

[2]) Jaeger C., Art. 288 N 1.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 7 ad 8; § 9, Ziff. 2 und 3; § 14.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 3, S. 55.

[5]) Bei der freien Konkursverwaltung keine Haftpflicht des Staates.

[6]) Minimum 20,000 Fr.; Maximum zwei Millionen Fr. (Art. 773 OR).

Gesellschafters[1]). Leistet ein Gesellschafter seine Einlage nicht durch Einzahlung, so kann sie durch Sacheinlage ersetzt werden (Art. 778 OR)[2]). Es gehört zur Natur der Gesellschaft, daß jeder, der ihr angehört, ihr etwas beisteuere. Das geht auch aus Art. 772 II OR hervor, der bestimmt, daß jeder Gesellschafter mit einer Einlage am Stammkapital beteiligt ist. — Ist wohl der bloße persönliche Kredit, das Vertrauen, das eine Persönlichkeit nach außen einflößt, eine Einlage?[3]). — Der Anteil jeden Gesellschafters muß auf eine rechnungsmäßige Größe zurückführbar sein.

Die Einlagen brauchen aber dem Werte nach nicht gleich zu sein. Art. 773 bestimmt, daß der Betrag der Stammeinlage auf mindestens tausend Franken oder ein Vielfaches von tausend Franken lauten muß. Was ein Gesellschafter einbringt, wird in Geld abgeschätzt. Bei der Gründung müssen mindestens 50 Prozent einbezahlt sein (Art. 774 II OR)[4]). Möglich ist, daß das ganze Stammkapital nur durch Sacheinlagen konstituiert wird. Hier besteht aber die große Gefahr, daß die Sacheinlagen von den Gesellschaftern überbewertet werden. Sacheinlagen können sein:[5]) körperliche Sachen, Forderungen, immaterielle Rechte, Patente, Autorrechte, Sachgesamtheiten z. B. ganze Unternehmen. Ueber die Abgrenzung zwischen Sacheinlage und Sachübernahme verweisen wir auf Huber[6]).

---

[1]) Müller Walter, S. 9.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 21, S. 137.

[3]) Bucher, S. 17 verneint dies. — Dürrenmatt (S. 54/55) spricht sich dahin aus, Gegenstand einer Gesellschaftseinlage könne allein sein, was Vermögenswert habe. Gegenstand einer Einlage aber kann nur das sein, dessen Wert in einer Geldsumme ausdrückbar ist. Die Art. 662 und 958 OR zwingen zu dieser Auffassung. Inventar, Betriebsrechnung und Bilanz des Gesellschaftsvermögens ist nur dann möglich, wenn das gesamte Gesellschaftsvermögen in einer Zahl dargestellt werden kann.

[4]) Im dGmbHG wird unterschieden. Nach § 7 I dGmbHG müssen von in Geld bestehenden Stammeinlagen ein Viertel (mindestens aber 250.— RM.), die Sacheinlagen hingegen ganz eingebracht sein.

[5]) Huber Karl, Die qualifizierte Gründung der G.m.b.H., Diss. Bern 1939, S. 14 ff.

[6]) Huber Karl, S. 20 ff.

An übertragenem Geld erlangt die G.m.b.H. stets Eigentum. Das Problem geht darum, ob bei der Einlage eine Einlage im technischen Sinne des Wortes vorliege oder ob die Einlage bloß ein Darlehen an die Gesellschaft ist? Wir haben dies bereits schon oben[1]) gesehen, daß das im Konkurse von eminenter Wichtigkeit ist. Die „Einlagen" verbleiben in der Aktivmasse; Darlehensforderungen könnten hingegen geltend gemacht werden. Es gehört zum Begriff der Einlage, daß der Gesellschafter sie nicht von sich aus zurückziehen kann; dazu wäre die Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich. Die Gesellschaft ist überhaupt nicht berechtigt, Einlagen zurückzuerstatten[2]). Weiter schließt der Begriff der Einlage nicht das Recht auf Zinse in sich (Art. 804 OR), im Gegensatz zum kaufmännischen Darlehen.

Bezüglich der Sacheinlagen wird der betreffende Gesellschafter nur geschützt, wenn der genaue Schätzungswert der Sacheinlage in den Statuten und im HReg. eingetragen sind (Art. 778, 779 IV OR und Art. 90 i. Verb. m. Art. 81 HRegVO)[3]): Bei Nichtpublikation der Sacheinlage besteht für den betreffenden Gesellschafter weiter die Einzahlungspflicht und die Gründer sind für den Schaden, der durch Unterlassung der Publikation der Sacheinlagen oder durch unrichtige oder mangelhafte Angaben entsteht, verantwortlich[4]). Die Gesellschafter können ihre Vermögensstücke zu Eigentum oder bloß zur Nutzung (Gebrauchsleihe, Miete, Pacht) auf die G.m.b.H. übertragen. Soll das Eigentum übergehen, so muß stets der für die betreffenden Vermögensstücke erforderliche, besondere Uebertragungsakt vollzogen werden[5]). Im einzelnen Falle kann es zweifelhaft

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 15 I S. 100 ff.

[2]) Vgl. BGE 65 I 148 betr. die A. G.

[3]) Siegwart, C. Art. 596/597 N 4.

[4]) Art. 779/753 OR, Art. 152 StGB; Hachenburg ZSRnF 55, S. 348.

[5]) An Stelle des Gesellschafters als bisherigen Eigentümer muß die G.m.b.H. als neuen Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden (Art. 656 und 958 ZGB; Art. 31 IV und 33 III GrundbVO); Forderungen sind zu zedieren; an beweglichen Sachen, wozu auch Inhaberpapiere gehören, ist das Eigentum erst übergegangen, wenn sie übergeben worden sind (Art. 714 I, 919 I und 992 I ZGB); Ordrepapiere müssen an die G.m.b.H. indossiert werden usw.

sein, ob die Gesellschaft Eigentum oder bloß ein Nutzungsrecht erworben habe. Welcher der beiden Fälle gegeben sei, entscheidet in erster Linie der Wille der Gesellschafter. Im Zweifelsfalle ist eher für Eigentumsübertragung zu entscheiden[1]). Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die Vermögensstücke, die ins Eigentum der G.m.b.H. übergegangen sind, zur Konkursmasse gehören; verblieben sie im Eigentum des einzelnen Gesellschafters, so unterliegen sie der Aussonderung, was aber doch wieder nicht ein Hineinziehen in die Konkursmasse unter diesen Umständen unbedingt ausschließt.

In § 7 ad 8[2]) haben wir gezeigt, daß unser Gesetzgeber auf dem Boden der Erfolgsermittlungsbilanz steht. Der auf der Aktivseite der Bilanz dem Stammkapital gegenübergestellte Betrag kann niemals als wahres Vermögen der Gesellschaft aufgefaßt werden, denn es ist nicht sicher, ob bei einer Veräußerung auch wirklich dieser Betrag erzielt wird. Das Gesellschaftsvermögen kann größer oder geringer sein als das Stammkapital. Bei einer Gründung einer G.m.b.H. als Handelsgeschäft wird vorerst nur das bare Stammkapital vorhanden sein, mit dem die Anschaffungen gemacht werden. Den Gläubigern haftet somit nur das Stammkapital. Bricht der Konkurs über die G.m.b.H. herein, so wird in den meisten Fällen vom Stammkapital nicht mehr viel vorhanden sein, denn die ihm entsprechenden Vermögenswerte werden im Konkurse bedeutend unter dem Anschaffungswerte stehen. Ist bei der Gründung das Stammkapital nicht mit 100 % einbezahlt worden und haben die Gesellschafter auch im Moment, da der Konkurs über die G.m.b.H. eröffnet worden ist, die Einzahlungen nicht voll geleistet, so bilden diese Rückstände Forderungen, die der G.m.b.H. gegen die Gesellschafter zustehen. Daher kommen sie als Aktivposten der Konkursmasse in Betracht[3]). Art. 802 IV OR statuiert ausdrücklich, daß im Konkurse die Konkursverwaltung die Einzahlungen in diesem Falle die Haftungssummen feststellt und einfordert[4]).

Dürfen, sofern das Stammkapital nicht voll einbezahlt ist,

---

[1]) Vgl. BGE 30 II 517.

[2]) Vgl. S. 63 ff.

[3]) Vgl. Henze, S. 99.

[4]) Betr. Einforderung der Nachschüsse vgl. Ausführungen in § 16.

stehen gelassene Gewinne und Honorare zur „Einlage" gezogen werden, d. h. zur Konkursmasse? — Nach Art. 573 III OR und Art. 120[1]) ist dies zu bejahen, während Art. 213 III SchKG dagegen spricht. — Den Gewinnbezügen sind ebenfalls gleichzustellen die Tantièmen. Wenn eine Mindesttantième als Zusatz zu einem niederen, festen Honorar und als nicht übermäßig hoch garantiert ist, wird sie dem Honorar gleichgestellt[2]), das dann privilegiert ist, wenn es zum notwendigen Unterhalt des Gesellschafters und seiner Familie erforderlich ist. Wenn aber die Gewinnanteile und die unter anderer Bezeichnung gemachten Bezüge, die bei vorsichtiger Bilanzierung nicht hätten ausgerichtet werden sollen[3]), sogar drei Jahre rückwirkend vor Konkursausbruch nach Art. 679 I OR rückerstattet werden müssen, rechtfertigt sich wohl die Ansicht, daß stehen gelassene Gewinne und Honorare zu der nicht voll geleisteten Einlage fallen. Forderungen, die dem Gesellschafter wider die Gesellschaft zustehen, können soweit sie sich als Mitgliedschaftsrechte qualifizieren und nur Gesellschaftern zukommen können, nicht geltend gemacht werden[4]). Eine Ausnahme bildet aber jene Honorarforderung, die auf einem dienstvertraglichen Verhältnis beruht.

In der deutschen Literatur wird ausdrücklich ein über die Haftungssumme hinaus stehen gelassener Gewinn als ein selbständiges Kreditum angenommen, sodaß diesbezüglich der Gesellschafter als Gesellschaftsgläubiger auftreten kann[5]).

Bezüglich der Einlagen sind die Gesellschafter nicht Gläubiger der G.m.b.H., sondern deren Mitglieder (Art. 772 OR). Im Konkursstadium oder bei der Auflösung[6]) können die Gesellschafter nicht einwenden, durch die Konkurseröffnung habe sich der Zweck der G.m.b.H. geändert derart, daß keine Pflicht mehr bestehe, die Geldzahlungen und die betr. Pflichten zu leisten. Irgendwelchen Ausflüchten

---

[1]) Vgl. BGE 63 II 391.

[2]) Vgl. BGE 27 II 576.

[3]) Vgl. Kreis, S. 56 ff.

[4]) Vgl. Moor, S. 42.

[5]) Gareis Karl, Das Deutsche Handelsrecht, 8. Auflage, S. 195; Bucher, S. 20.

[6]) Vgl. Ausführungen in § 4, Ziff. 1, S. 34 ff.

und Einwendungen hat der Gesetzgeber vorgebeugt, indem er in Art. 802 IV OR ausdrücklich im Konkursfalle der Konkursverwaltung die Kompetenz verliehen hat, die Haftsummen der Gesellschafter festzustellen und einzufordern. Zu der Einforderung von Rückständen irgendwelcher[1]) Art, auch wenn sie durch statutarische Vorschriften in der Kompetenz der Gesellschafterversammlung (Art. 777 Ziff. 1) liegen, ist im Konkursfalle der Konkursverwalter berechtigt und verpflichtet, von sich aus die Forderungen geltend zu machen, weil er allein über die Massebestandteile verfügt[2]).

§ 18. Der Resevefonds

Die G.m.b.H. kann und muß Reserven bilden. Durch diese Reserven kann das ganze Stammkapital gedeckt sein, obwohl die Einlagen noch nicht voll einbezahlt sind. Wenn das Reservekapital durch Verluste wieder verloren geht und die G.m.b.H. nachher in Konkurs gerät, haften die Gesellschafter bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals solidarisch ,d. h. für das nichteinbezahlte Stammkapital müssen sie ebenfalls aufkommen (Art. 802 OR).

Art. 805 OR bestimmt, daß die Bestimmungen der A.G. über Bilanz und Reservefonds auch für die G.m.b.H. Anwendung finden. So muß gemäß Art. 671 OR aus dem Reingewinn jährlich ein Betrag von einem Zwanzigstel dem allgemeinen, gesetzlichen Reservefonds zugewiesen werden.

Neben dem gesetzlichen Reservefonds kann die G.m.b.H. durch die Gesellschafterversammlung einen statutarischen Reservefonds beschließen, daß gemäß Art. 672 OR mehr als ein Zwanzigstel des Reingewinnes zuzuweisen sei und außerdem noch weitere Fonds vorsehen[3]). Zur Deckung der Einlagen kann der Reservefonds verwendet werden (Art. 671 III OR). Wenn die G.m.b.H. neben der gesetzlichen Reserve, die zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet wird, weitere Rücklagen aus dem jährlichen Reingewinn macht, fördert sie damit das Ansehen und die Kreditwürdig-

---

[1]) z. B. Nachschußpflicht; vgl. § 16.

[2]) Vgl. § 16, S. 118 ff.

[3]) Janggen-Becker, Art. 805 N 13.

keit der Gesellschaft[1]). Alle diese aus dem Reingewinn gemachten Rücklagen bilden im Konkurs einer G.m.b.H. einen Bestandteil der Konkursmasse. Obgleich diese Reserven in der Bilanz auf der Passivseite eingegliedert werden (Art. 668 I OR)[2]), kann daraus von den Gesellschaftern kein Forderungsrecht geltend gemacht werden.

Burkas[3]) ist anderer Ansicht. Er sucht den Nachweis zu erbringen, daß der Reservefonds einen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens darstelle, der dadurch gebildet wurde, daß erzielter Gewinn nicht unter die Aktionäre verteilt worden ist. Aus diesem Grunde, weil er aus erzieltem, nicht aber verteiltem, sondern aus aufgespartem Reingewinn entstanden ist, will er ihn nicht als zur Konkursmasse gehörend betrachten. Das Gesetz schreibe ausdrücklich vor, daß der Aktionär nur bis zur Höhe seiner Einlage hafte, und daher können die Gläubiger sich nur an das Grundkapital halten und nur dann aus dem Reservefonds Befriedigung verlangen, wenn das Grundkapital nicht richtig eingezahlt oder durch gesetzwidrige Rückleistungen an die Aktionäre zurückgeflossen ist. Burkas will damit den Aktionären im Konkursfalle den Reservefonds zur Verfügung stellen und betrachtet lediglich das Grundkapital als Haftungsobjekt.

Unbestritten ist, daß die Reserveanlagen einen Bestandteil des Gesellschaftsvermögens bilden. Als solcher gehören sie zur Konkursmasse[4]). Die Konkursmasse umfaßt ja das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen einer G.m.b.H., das sie im Moment der Konkurseröffnung besitzt und das ihr bis zum Schlusse des Verfahrens zufällt. — Analog der Stellung des gesetzlichen Reservefonds verhält es sich mit den verschiedenen Amortisations- und Erneuerungsfonds. Eine spez. Stellung kommt jenen Wohlfahrtsfonds zu, die als eine Stiftung im Sinne des Art. 673 II OR und Art. 80 ZGB errichtet wurden[5]).

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 805 N 14; vgl. BGE 65 I 152.

[2]) Wegen der Gewinnzurückhaltung; vgl. Ausführungen auf S. 66 ff.

[3]) Burkas, S. 46.

[4]) Jaeger C. Art 197 N 1.

[5]) Da das Vermögen dieser mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Stiftungen nicht in die Bilanz der G.m.b.H. gehört, fällt es auch nicht in die Konkursmasse. OR, Art. 15, Ziff. 7 SchlUeB.

§ 19. Nebenleistungen der Gesellschafter

Es gehört zu den charakteristischen Eigenarten der G.m.b.H., daß die Gesellschafter in den Statuten zu weiteren Leistungen über die Stammeinlage hinaus verpflichtet werden können (Art. 777 Ziff. 2 OR)[1]. Die weiteren Leistungen werden als Nebenleistungen[2] bezeichnet, weil sie neben der Stammeinlage geleistet werden. Wie wir oben[3] gesehen haben, sind die verschiedensten Arten von Leistungen möglich. Weil das Gesetz keine obligatorische Nachschußpflicht kennt, kann sie nur durch Aufnahme in die Statuten begründet werden. Für jene G.m.b.H., die als Gesellschaftsform einem Kartell zu Grunde liegt, können die Nachschußpflicht und die Pflicht zu weiteren Leistungen von entscheidenderer Bedeutung und Wichtigkeit sein als das Stammkapital.

Konkurrenzverbote, Konventionalbußen, Leistung von persönlichen Diensten, Betätigung in Erfindungen, Einhaltung von Preisen und sonstigen Verkaufsbedingungen usw. erscheinen als typische Nebenleistungen von Kartellen[4]. Die verschiedensten Nuancierungen bezüglich der Verpflichtungen gegenüber einzelnen, allen Gesellschaftern oder auch Gesellschaftergruppen sind möglich[5]. Die Nebenleistungspflichten erzeugen ein Nebenleistungsverhältnis; dieses ist mit der Mitgliedschaft verkoppelt[6].

Als gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen sind die Nebenleistungen stärker als vertragliche Verpflichtungen[7]. Der Privatkonkurs eines einzelnen Gesellschafters vermag sie nicht zu „sprengen"[8], wenngleich sie regelmäßig mit dem Gesellschaftsanteil verbunden sind, d. h. bei Austritt oder Ausschluß gehen sie mit der Abtretung des Gesellschaftsan-

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118 ff; vgl. Kreis S. 37 ff.

[2]) Janggen-Becker, Art. 777 N 5.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118 ff.; Vgl. § 18, S. 126 ff.

[4]) Huber, S. 14.

[5]) Janggen-Becker, Art. 777 N 8.

[6]) Müller W., S. 28.

[7]) Leist, Inneres Vereinsrecht, S. 16.

[8]) Die Verpflichtung kann nicht ewig fortdauern (Art. 20 OR); vgl. BGE 67 II 224.

teiles auf den Erwerber über, soweit sie nicht rein persönlich oder sachlich gebunden sind.

Im Gesellschaftskonkurse können nur jene Nebenleistungen praktisch geltend gemacht werden, die einen Vermögenswert haben[1]). Da für die Nebenleistungen Art. 802 OR nicht Anwendung findet, können die Gesellschaftsgläubiger nicht auf Einhaltung der Nebenleistungspflichten klagen. Im Konkursfalle können aber eventuell die Konkursgläubiger durch den Konkursverwalter schon verfallene Verpflichtungen in die Konkursmasse hineinbeziehen lassen durch Einforderung derselben.

§ 20. Ersatzansprüche der G.m.b.H.

Die Ersatzansprüche bilden einen wesentlichen Bestandteil der Konkursmasse[2]). Mit der Konkurseröffnung geht der Gemeinschuldnerin das Verfügungsrecht verloren über jene Vermögensbestandteile, die zur Konkursmasse gehören. Dem Konkursverwalter allein steht das Recht und die Pflicht zu, diese Ansprüche geltend zu machen. Als Vertreter der G.m.b.H., der die Interessen der Gemeinschuldnerin wie die der Gläubiger zu wahren hat, muß der Konkursverwalter besonders im Interesse der Letzteren bestrebt sein, eine möglichst große Konkursmasse zu schaffen. Das schließt aber nicht aus, daß die Gläubiger auch ein Recht haben, gegen Gründer und Geschäftsführer vorzugehen und diese zur Verantwortung zu ziehen, wenn ihnen durch deren Handlungen ein Schaden erwachsen ist. Dieses den Gläubigern zustehende Recht ist aber kein selbständiges Recht, sofern es sich um sekundären Schaden[3]) handelt. Es ist ein abgeleitetes Recht, d. h. es kann von den Gläubigern nur dann geltend gemacht werden, wenn die G.m.b.H. vertreten durch den Konkursverwalter nicht selbst gegen die schuldigen Personen vorgeht und von diesen Ersatz ver-

---

[1]) Während die Nachschüsse Vermögenswerte haben müssen, steht die Frage offen bei den Nebenleistungen. Vgl. Kreis, S. 37 und 38.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 17 oben.

[3]) Der sekundäre Schaden ist jener, der durch die von den Gründern oder Geschäftsführern oder Vertretungsberechtigten vorgenommenen Handlungen der G.m.b.H. eine Schädigung zugefügt wurde. Vgl. BGE 44 II 38.

langt[1]). Den primären Schaden, der dem Gesellschaftsgläubiger oder dem Gesellschafter direkt erwachsen ist, kann der Anspruchsberechtigte als einen selbständigen Anspruch persönlich geltend machen[2]).

1. Ansprüche der Gesellschaft

a) Ein erster Ersatzanspruch geht gegen jene Personen, die bei der Gründung der G.m.b.H. mitgewirkt haben. Die Verantwortlichkeit der Gründer ist in den Art. 827, 752 und 753 OR genau präzisiert. Wer bei der Gründung mitwirkt oder sich betätigt, haftet für den Schaden, der durch absichtlich oder fahrläßig unrichtige oder unvollständige Angaben verursacht wird; ebenso haftet, wer wissentlich dazu beigetragen hat, daß die Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angenommen wurden (Art. 753 Ziff. 3 OR). Geschädigt kann sein die Gesellschaft, die Gesellschaftsgläubiger und die Gesellschafter. Der Gesellschaft stehen diese Ersatzansprüche schon vor der Konkurseröffnung zu, doch da die G.m.b.H. als juristische Person nur durch ihre Organe handeln kann, und diese in den meisten Fällen identisch sind mit den Gründerpersonen, so wird von dem der Gesellschaft zustehenden Klagerecht nicht Gebrauch gemacht, da wohl meistens die Geschäftsführung gegen sich selbst Klage führen müßte. Mit Konkursausbruch übernimmt der Konkursverwalter jene Handlungen, die die zur Masse gehörenden Vermögenswerte enthalten. Der Konkursverwalter entscheidet darüber, ob die Ansprüche geltend gemacht werden sollen oder nicht[3]). Er kann je nach der Art des Schadens, ob indirekter oder direkter Schaden, die Geltendmachung entweder nur der Gesellschaft, einem einzelnen Gesellschafter oder einem Gesellschaftsgläubiger oder mehreren dieser Personen überlassen.

Als eine der folgenschwersten Handlungen der bei der Gründung Tätigen erscheint die Bewertung der Sacheinlage. Gemäß Art. 753 Ziff. 1 OR sind die bei der Gründung Tätigen verantwortlich für die Sacheinlagen. Die Verantwortung ist deshalb gewaltig, weil ob der Verschiedenartig-

---

[1]) Vgl. Henze, S. 110.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 15.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 14.

keit der Sacheinlagen die Wertung schwierig ist. Die Sacheinlagen müssen dem „wirklichen Werte" entsprechen. — Was ist aber unter dem wirklichen Werte einer Sacheinlage zu verstehen? — Bei Gattungswaren entscheidet der Marktpreis. In den übrigen Fällen fragt es sich, ob der Richter versuchen muß, den objektiven Wert der Ware zu ermitteln, oder ob jener Wert entscheidet, den die Parteien in guten Treuen zuerkannten. Beides ist schwierig. Welches ist z. B. der objektive Wert eines Patentes?

Nach Wieland[1]) müssen die Sacheinlagen vorsichtig unter Berücksichtigung erkennbarer Mängel bewertet werden. Nicht die Gutgläubigkeit der Gesellschafter darf entscheiden, sondern nur die Tatsache, daß die Bewertung mit aller objektiv gebotenen Sorgfalt erfolgte. Siegwart[2]) schreibt: Da jeder Bewertung notwendig etwas Unbestimmtes anhaftet, sind nur Ueberbewertungen von einer gewissen Bedeutung zu berücksichtigen[3]). — Wie wir oben gesehen haben, muß die G.m.b.H. in den Besitz der deklarierten Sacheinlagen gekommen sein. Der Grundbucheintrag für Grundstücke sowie die Art. 779 OR und Art. 9 ZGB bei Fahrnis und bei Rechten begründen eine Vermutung zu Gunsten der Gesellschafter dafür, daß die G.m.b.H. mit ihrer Eintragung im HReg als Eigentümerin unmittelbar darüber verfügen konnte. Weiter muß festgestellt werden, ob die Sacheinlagen einen dem veröffentlichten Anrechnungswert entsprechende Mehrung des Gesellschaftsvermögens bewirkt haben. Entsprechend dem Wortlaut von Art. 802 OR trifft die Beweislast für den wahren Wert der Sacheinlage den Gesellschafter. — Siegwart[4]) weist daraufhin, daß entgegen einem gewöhnlichen Kaufvertrage zwischen den Gesellschaftern ein Vertrauensverhältnis besteht, wodurch der Gesellschafter als Sacheinbringer zu weitgehender Aufklärung verpflichtet ist. Diese Pflicht ist ein Anwendungsfall der allgemeinen Pflicht zu vertragsmäßigem Verhalten nach Art. 97 OR[5]). Eine Verletzung der Aufklärungspflicht von Seiten

---

[1]) Wieland, II, S. 235.

[2]) Siegwart, Art. 610/2 N 14.

[3]) Vgl. auch Janggen-Becker, Art. 778 N 10—15 über Wert und Wertung der Sacheinlagen.

[4]) Siegwart, Art. 531 N 9.

[5]) Vgl. BGE 41 II 736.

eines Gesellschafters stellt sich als Arglist im Sinne der Art. 199, 203 und 210 OR dar. Der Anspruch der Gesellschafter verjährt erst in zehn Jahren.

Ist der Sacheinbringer seiner Aufklärungspflicht voll nachgekommen, dann geht das Risiko einer allfälligen Minderwertigkeit der Sacheinlage auf die Gesellschaft über. Der Anspruch muß dann vom Konkursverwalter nicht im Namen der G.m.b.H. geltend gemacht werden, sondern im Namen der Gesellschaftsgläubiger zu Handen der Konkursmasse. Alle ursprünglichen Gesellschafter mssen den Errichtungsakt unterschreiben. Wird somit die übersetzte Bewertung akzeptiert, müssen alle Gesellschafter anteilmäßig für den Minderwert aufkommen, wenn die Gesellschaftsgläubiger ihren Anspruch geltend machen. — Es ließe sich auch untersuchen, wie es sich verhält, wenn der Sacheinbringer einer minderwertigen Sacheinlage seinen Anteil an einen Dritten abtritt, der glaubt, der Anteil sei voll liberiert. Der Uebernehmer kann sich eventuell auf Irrtum berufen[1]).

b) Gegen ausgeschiedene Gesellschafter steht der G.m.b.H. ein Anspruch zu. Ausgangspunkt jeder rechtlichen Belangung bildet der Zeitpunkt seines Austrittes. Der ausgeschiedene Gesellschafter muß daher spätere Handlungen der Geschäftsführer und der G.m.b.H. nicht gegen sich gelten lassen. Im Gegensatz zum Bürgen (Art. 499 OR) kann der ausgeschiedene Gesellschafter nicht für spätere, gesetzliche Erweiterungen einer Gesellschaftsschuld belangt werden. Ein Urteil gegen die Gesellschaft wird für ihn nicht materiell-rechtskräftig[2]). Da der ausgeschiedene Gesellschafter keinen Einfluß mehr auf das Geschäft ausüben kann, denn er hat weder ein Recht auf Kontrolle noch ein Recht auf die Verantwortlichkeitsklage[3]), so kann er nur bis zum Zeitpunkt seines Austrittes belangt werden. Nach Art. 591 OR gilt die Verjährungsfrist von fünf Jahren, die mit der Eintragung des Ausscheidens ins Anteilbuch resp. mit der Veröffentlichung des Austritts im SHAB zu laufen beginnt[4]).

---

[1]) Art. 23 ff. OR.

[2]) Siegwart, Art. 576 N 5.

[3]) Ansprüche ex delicto nach Art. 41 OR sind hingegen möglich.

[4]) Müller W., S. 53; SJZ 36, S. 160 (aarg. Obergericht bezüglich einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung) die Löschung des Ausgetretenen im HReg ist maßgebend.

Der Ausgeschiedene kann erst in Anspruch genommen werden, wenn die G.m.b.H. aufgelöst oder er selbst in Konkurs geraten ist[1]).

c) Der Gesellschaft steht ein Wiedereinwerfungsanspruch von ungerechtfertigten Gewinnbezügen und Rückleistungen zu. Art. 806 OR macht keinen Unterschied zwischen gesetzwidrigen und statutenwidrigen Auszahlungen. — Die gesetzwidrigen Auszahlungen sind nichtig, gleichgültig, ob die Gesellschafter die Geschäftsführer zur Auszahlung ermächtigten oder nicht. Der Wiedereinwerfungsanspruch der G.m.b.H. untersteht, soweit durch die Auszahlung das Stammkapital angegriffen wurde, den Bestimmungen über die Kapitaldeckungspflicht[2]). Die statutenwidrigen Auszahlungen können dagegen nur nach den Bereicherungsgrundsätzen (Art. 63 OR) wiedereingefordert werden. Beruht die Auszahlung auf einem anfechtbaren Gesellschaftsbeschluß, so kann bei Unterlassung der Anfechtung nichts zurückgefordert werden.

Art. 806 OR handelt nur von ungerechtfertigten Gewinnbezügen. Aber auch bei der Ausschüttung fester Zinsen, bei ausdrücklicher oder verschleierter Rückerstattung der Einlage kann die Wiedereinwerfung verlangt werden. — Auch Vorschüsse auf den jährlichen Reingewinn sind grundsätzlich zulässig[3]). Da aber eine derartige Verteilung nur auf Grund einer vorläufigen Schätzung geschehen kann, hat die G.m.b.H. ein Rückforderungsrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung[4]). — Bei einmaligen Rückleistungen kommt, da der Anspruch der G.m.b.H. kein Bereicherungs-, sondern ein Rückerstattungsanspruch aus Quasikontrakt bedeutet, mangels ausdrücklicher Regelung grundsätzlich Art. 127 OR also die zehnjährige Verjährungsfrist, und nicht Art. 67 OR zur Anwendung[5]). Auch das BGer hat sich für die zehnjährige Verjährungsfrist entschieden[6]).

d) Ein weiterer Anspruch der G.m.b.H. richtet sich auf den Ausfall des Rechtsvorgängers

---

[1]) Siegwart, Art. 591 N 8; vgl. Kreis, S. 91 ff.

[2]) Müller Walter, S. 89.

[3]) Hachenburg, § 29 N 14.

[4]) Müller Walter, S. 84.

[5]) Janggen-Becker, Art. 801 N 4.

[6]) BGE 60 II 27; BGE 61 II 255 (Art. 109 I OR).

eines kaduzierten Gesellschafters[1]), wenn die Verwertung des kaduzierten Anteiles nicht zur Deckung des eingeforderten Betrages führt. Der Kaduzierte muß zahlungsunfähig sein. Nur die erfolglose Betreibung, nicht schon die Kaduzierung erbringt den Beweis der Zahlungsunfähigkeit. Die mittelbaren Rechtsvorgänger des Kaduzierten können auf Grund des sog. Staffelregresses[2]) belangt werden (Art. 801 II OR). Die G.m.b.H. kann dies aber verhindern, indem der Gesellschafter durch sein Mitspracherecht bei der Abtretung eines Gesellschaftsanteiles diesen nicht an eine zahlungsunfähige Person gestattet. Kann die G.m.b.H. ihren Anspruch nicht realisieren, so können die Gesellschaftsgläubiger nach Art. 802 OR die G.m.b.H. belangen.

e) Die verantwortlichen Organe der G.m.b.H. haften der Gesellschaft gemäß Art. 827 und 754 OR. Alle diese Ersatzansprüche, die der G.m.b.H. zustehen, müssen vom Konkursverwalter geltend gemacht werden. Dieser allein verfügt über das Massevermögen und daher ist auch nur er kompetent, für die Gesellschaft gegen die ersatzpflichtigen Personen und Organe Klage zu erheben.

2. Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger und der Gesellschafter

Der Anspruch die Gründer, die Geschäftsführung und die Kontrollstelle zu belangen, steht nach Art. 753/4 OR nicht nur der G.m.b.H., sondern auch den Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern zu[3]). — Ist das Stammkapital regulär voll liberiert, dürften sich die Ansprüche der Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger erübrigen. Ein Klagerecht steht den Gläubigern nur zu, wenn das Stammkapital vermindert worden ist. Erst im Konkursstadium[4]) haben die Gesellschaftsgläubiger die Möglichkeit, die G.m.b.H. zu „durchleuchten". Jetzt können falsche Déchargeerteilungen, unrichtige Buchauszüge, ungerechtfertigte Gewinne, rechtswidrige Rückleistungen, trügerische Geschäftsführung usw. entdeckt werden.

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 15, S. 105 ff.

[2]) Jenggen-Becker, Art. 801 N 4.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 1, 2, 5 und 7, S. 96 ff.

[4]) Müller Walter, S. 21/22.

Für die Frage, ob das Stammkapital verletzt wurde, kann nicht die Jahresbilanz allein maßgebend sein, sondern nur der wirkliche Wert des Gesellschaftsvermögens[1]). Um den wahren Wert des Gesellschaftsvermögens zu ermitteln, müssen unzulängliche Abschreibungen erhöht und zum Vollwert eingesetzte unveräußerliche Debitoren in Abzug gebracht werden[2]). Die Jahresbilanz, die für die Gewinnausschüttung maßgebend ist, ist zu unterscheiden von der Verkaufsbilanz[3]). In der Verkaufsbilanz kommen auch die stillen Reserven ans Tageslicht. Neben den stillen Reserven erscheinen dann unter Umständen auch die „gesetzlichen" stillen Reserven, die sich durch die Bewertungsvorschriften ergeben. Grundstücke z. B. können seit ihrer Anschaffung stark an Wert zugenommen haben. Auch ein Good-will, der Organisationswert der Unternehmung, kann als verwertbares Aktivum erscheinen. Die Verkaufsbilanz entspricht dem wirklichen Wert des Gesellschaftsvermögens weit mehr als die in der Gesellschafterversammlung genehmigte Jahres-Gewinn-Bilanz[4]). Wie sich die Gesellschafter auf die Jahresbilanz nicht zu ihren Gunsten berufen können, ist es billig, sie auch nicht zu ihren Lasten gelten zu lassen und die Möglichkeit offen zu lassen, die volle Deckung des Stammkapitals nachzuweisen trotz der bilanzmäßig ausgewiesenen Verluste.

Trifft nun bezüglich der rechtswidrigen Rückleistungen, festen Zinsen und ungerechtfertigten Gewinnbezügen die Beweislast die Gesellschaftsgläubiger oder die Gesellschafter? Die Frage ist umstritten. Einen allgemeinen Wegweiser bildet Art. 8 ZGB, wonach derjenige, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Zu Lasten der Gesellschafter haben sich ausgesprochen: Janggen-Becker[5]), Gysin[6]) und Egger[7]. Für einen Außenstehenden ist eine unberechtigte Rückzahlung schwieriger zu be-

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 8 ad 8, S. 63—66.

[2]) Siegwart, Art. 587 N 1.

[3]) Der Verkaufsbilanz nahe verwandt ist die Steuerbilanz. Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 8 ad 8, S. 63.

[4]) Janggen-Becker, Art. 802 N 14.

[5]) Janggen-Becker, Art. 802 N 24.

[6]) Gysin, Festgabe 193 ff.

[7]) Egger, SJZ 34, S. 193 ff.

weisen[1]). Hauptbeweismittel sind die Geschäftsbücher. Wurden die Geschäftsbücher liederlich geführt und ist die G.m.b.H. in Konkurs geraten, so besteht eine berechtigte Vermutung, daß Rückleistungen vorkamen.

Den Gesellschaftsgläubigern, die von der G.m.b.H. nicht Befriedigung erhalten haben für ihre Ansprüche, steht das Recht zu, die Gesellschafter auf Rückleistung von zu Unrecht empfangenen Zahlungen zu belangen, wenn durch diese das Stammkapital vermindert wurde (Art. 802 I OR). Dieses Klagerecht unterscheidet sich gegenüber dem gegen die Gründer- und Verwaltungspersonen dadurch, daß es nicht selbständig ist. Der Gläubiger kann nicht selbst gegen den Gesellschafter vorgehen, sondern er kann nur die G.m.b.H. belangen, daß diese die Gesellschafter auf Rückgabe einklagt. Dieses Klagerecht steht nur der Gesellschaft zu.

Wie wir oben[2]) ausgeführt haben, kann der einzelne Gesellschafter sowohl den primären unmittelbaren und den sekundären mittelbaren Schaden geltend machen. Der Unterschied besteht aber darin, wenn wir die für die Verantwortlichkeitsklage getroffene Regelung anwenden, daß der einzelne Gesellschafter seinen ganzen Schaden geltend machen kann; hingegen bezüglich des unmittelbar primären Schadens nur Leistung an sich selber und bezüglich des mittelbaren sekundären Schadens, der ihm durch die Schädigung der G.m.b.H. erwachsen ist, nur Leistung an die Gesellschaft verlangen kann (Art. 755 OR)[3]). Das Klagerecht kann der einzelne, sei es der Gesellschaftsgläubiger oder der Gesellschafter nur ausüben, wenn der Konkursverwalter darauf verzichtet und den Anspruchsberechtigten die Kompetenz erteilt[4]). Der Konkursverwalter untersteht der Gläubigerversammlung, die den einzelnen Gläubigern das Recht zur Prozeßführung auf eigene Rechnung und Gefahr erteilen kann. Nach Art. 237 Ziff. 3 SchKG können die Gläubiger in der Gläubigerversammlung mit Mehrheit be-

---

[1]) Gysin, Festgabe S. 194; Sten. Bull. Ständerat 1931, S. 39 und 47; Wieland II, S. 345.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 5, S. 110.

[3]) BGE 44 II 38; BGE 59 II 454.

[4]) Jaeger C., Art. 260 N 6.

schliessen, sich mit dem Schuldner durch den Konkursverwalter zu vergleichen.

Alle Ansprüche werden entweder durch den Konkursverwalter selber oder bei dessen Verzicht durch die berechtigten Gläubiger geltend gemacht. Die einzelnen Gläubiger können aber nur auf Leistung an die Masse klagen[1]).

§ 21. Die Beendigung des Konkurses

Wie die Eröffnung des Konkurses, so wird die Beendigung durch eine gerichtliche Entscheidung des Konkursgerichtes festgestellt (Art. 268 II SchKG). — Der Konkurs über die G.m.b.H. kann auf drei verschiedene Arten beendigt werden:[2])

a) Das Konkursverfahren ist beendigt, wenn die Konkursmasse endgültig verteilt ist (Art. 268 SchKG).

b) Wenn bei der Inventaraufnahme keines oder ungenügendes Massevermögen vorgefunden wird, macht das Konkursamt dem Konkursgerichte hievon Anzeige, das dann die Einstellung des Verfahrens beschließt. Falls kein Gläubiger binnen zehn Tagen die Durchführung des Konkursverfahrens begehrt, gilt das Verfahren als geschlossen (Art. 230 SchKG und Art. 93 KVO).

c) Wenn sämtliche Gläubiger erklären, die Konkurseingabe zurückzuziehen oder wenn ein Nachlaßvertrag zu Stande gekommen ist, spricht das Konkursgericht den Widerruf des Konkurses aus (Art. 195 SchKG).

Der Schluß des Konkursverfahrens bedeutet den Untergang der G.m.b.H. als Rechtspersönlichkeit[3]). Eine Weiterführung der G.m.b.H. ist nicht möglich. Stellt sich aber nachträglich nach Beendigung des Konkurses und nach erfolgter Löschung im HReg heraus, daß noch weitere Vermögensstücke der G.m.b.H. vorhanden sind, die zur Konkursmasse gehörten, wird dieses Vermögen rasch und formlos durch den Konkursverwalter verwertet. Der Erlös wird an die nicht voll befriedigten Gläubiger nach deren Rang-

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 802 N 21.

[2]) Vgl. Henze, S. 120.

[3]) Art. 33 I und 66 I HRegVO.

ordnung verteilt (Art. 269 I SchKG)[1]). Nach Art. 820 Ziff. 3 OR bringt die Eröffnung des Konkurses die G.m.b.H. zur Auflösung; erst mit dem Schlußerkenntnis des Konkursrichters ist die G.m.b.H. endgültig aufgelöst, d. h. gelöscht.

1. Die Einstellung des Verfahrens

Die Einstellung des Verfahrens darf nicht mit dem Widerruf des Konkurses[2]) indentifiziert werden. Bei der Einstellung des Verfahrens wird das Erkenntnis auf Konkurseröffnung nicht widerrufen. Es stellt fest, daß ein Zwangsvollstreckungsverfahren nach dem SchKG nicht möglich ist. Die Existenzunfähigkeit wird aber dahin unterstützt, daß der Zweck die Auflösung herbeiführen muß. Daraus resultiert, daß an Stelle des Verfahrens nach SchKG, das Verfahren der Liquidation nach OR tritt.

2. Der Widerruf des Konkurses

Ein einmal eröffneter Konkurs kann durch das Konkursgericht bis zum Schlusse des Verfahrens widerrufen werden. Der Konkurswiderruf ist aber nur möglich, wenn ein Konkursverzicht oder ein gültig abgeschlossener Nachlaßvertrag vorliegt. — Für den Nachlaßvertrag ist zu beachten, daß das Begehren um die Erteilung der Bewilligung zum Abschluß eines Nachlaßvertrages von jedem rechtsfähigen Schuldner, der der Schuldbetreibung unterliegt, gestellt werden kann[3]). Die juristischen Personen werden rechtsfähig durch den Eintrag im HReg. Sie bleiben solange rechtsfähig als sie nicht im HReg gestrichen werden. Auch im Konkursstadium behält die G.m.b.H. ihre Rechtspersönlichkeit[4]). Trotzdem die Art. 293 und 317 nicht ausdrücklich die G.m.b.H. erwähnen, werden sie für die G.m.b.H. wie für die andern juristischen Personen ange-

---

[1]) Für bedingte Forderungen und solche mit ungewisser Verfallzeit gilt Art. 269 II SchKG; zweifelhafte Rechtsansprüche behandelt Art. 269 III SchKG; vgl. BGE 48 III 12.

[2]) Vgl. oben Ziff. 2.

[3]) Vgl. Overbeck, S. 214; Jaeger C. Art. 393 N 1; Blumenstein, S. 897, Ziff. 1.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 4, S. 32 ff.

wandt werden dürfen, sofern und solange diese rechtsfähig sind[1]). — Nach Konkurseröffnung besteht nach Art. 317 I SchKG die Möglichkeit, einen Nachlaßvertrag vorzuschlagen. Die Geschäftsführer haben den Entwurf zu einem Nachlaßvertrag[2]) der Konkursverwaltung einzureichen, die das Begehren zu Handen der Gläubigerversammlung begutachtet. Während beim Nachlaßvertrag vor Konkurseröffnung Bilanz und Verzeichnis der Geschäftsbücher vorgelegt werden müssen, erübrigt sich dies im gegebenen Falle, da die Konkursverwaltung als solche bereits Kenntnis von der Lage der Gesellschaft hat. Ist der Nachlaßvertrag bestätigt worden, so ist damit die gesetzliche Grundlage für den Konkurswiderruf[3]) geschaffen worden, der auf Antrag der Konkursverwaltung vom Konkursrichter ausgesprochen wird.

Auch wenn die Gläubigerversammlung den Entwurf des Nachlaßvertrages angenommen hat, wozu zwei Dritteile der Gläubiger, deren Forderungsansprüche zwei Dritteile des Gesamtbetrages sämtlicher Forderungen ausmachen, nötig sind, ist über den Nachlaßvertrag nicht endgültig entschieden. Die Nachlaßbehörde wird den durch die Gläubigerversammlung angenommenen Entwurf erst begutachten, wenn die in Art. 306 SchKG aufgezählten Bedingungen erfüllt sind. — Andernfalls greift wieder das Konkursverfahren ein[4]).

§ 22. Die Auflösung der G.m.b.H.

Gemäß Art. 820 Ziff. 3 OR tritt mit der Konkurseröffnung über die G.m.b.H., diese in das Auflösungsstadium ein[5]). Die G.m.b.H. besteht nicht mehr zur Verfolgung ihres ursprünglichen Zweckes, sondern lediglich zur Durchführung des Konkurses[6]).

---

[1]) Jaeger C., Art. 293 N 1.

[2]) m. E. bedarf der Entwurf des Nachlaßvertrages vorgängig der Genehmigung der Gesellschafterversammlung, die dann die Geschäftsführung zur Vorlage des Entwurfs autorisieren muß.

[3]) Art. 317 III SchKG.

[4]) Vgl. Art. 725 IV OR; Kreis, S. 21.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 12.

[6]) Vgl. Ausführungen in § 4, S. 32 ff.

Der Konkursbeendigungsbeschluß, der durch das Konkursgericht ausgesprochen wird (Art. 268 IV SchKG), hat bei der G.m.b.H. eine Wirkung, wie wir sie bei einer natürlichen Person, über die der eröffnete Konkurs beendigt wird, nicht finden. Im Gegensatz zu den natürlichen Personen hören mit Beendigung des Konkurses die juristischen Personen auf, zu existieren. Nach Art. 820 Ziff. 3 bedeutet der Konkurs einen gesetzlichen Beendigungsgrund der G.m.b.H. — Das Schlußerkenntnis wird öffentlich bekannt gemacht (Art. 268 IV und 35 SchKG). Die G.m.b.H. wird im HReg gelöscht (Art. 66 HRegVO).

Stellt sich nach beendetem Konkurs heraus, daß noch Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vorhanden sind, so besorgt das Konkursamt ohne weitere Förmlichkeit die Verwertung und Verteilung des Erlöses an die zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung (Art. 269 I SchKG)[1])

[1]) Vgl. Ausführungen in § 4, Ziff. 1, S. 34 und § 21, S. 137.

Besonderer Teil

I. Kapitel

A. Der Konkurs eines Gesellschafters

Nachdem wir im Allgemeinen Teil den Gesellschaftskonkurs behandelt haben, wollen wir noch summarisch den einzelnen Privatkonkurs sowie die Mehrheit von Privatkonkursen untersuchen. Unter Privatkonkurs werden hier jene Fälle verstanden, in denen einer, mehrere oder alle geschäftsführenden Gesellschafter in Konkurs geraten sind, nicht aber die G.m.b.H. Diese Fälle sind sehr wohl denkbar. Selbst, wenn über einen Gesellschafter-Geschäftsführer der Privatkonkurs ausbricht, braucht nicht notwendig der Gesellschaftskonkurs nachzufolgen (Art. 793 I OR).

Im II. Kapitel[1]) wird noch kurz das Verhältnis von gleichzeitigem Gesellschafts- und Privatkonkurse behandelt.

§ 1. Die Bedeutung des Privatkonkurses für die G.m.b.H.

Der Konkurs eines Gesellschafter-Geschäftsführers ist für die G.m.b.H. und ihre Mitglieder von doppelter Bedeutung:

1. Der Privatkonkurs bedingt eine Verwertung des Gesellschaftsanteiles des konkursiten Gesellschafter-Geschäftsführers[2]). Er bewirkt daher, wenn nicht die Auflösung, so doch zum mindesten eine Aenderung im Personenbestand der Gesellschaft (Art. 793/4 OR).

2. Der in Konkurs geratene Gesellschafter kann von den Gesellschaftsgläubigern belangt werden (Art. 568 III OR). Die Gesellschaftsgläubiger können gleich wie die Bürgschaftsgläubiger im Konkurse des Bürgen (Art. 215 SchKG)

---

[1]) Vgl. Ausführungen auf S. 155 ff.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 2, S. 105.

ihre Forderungen im Privatkonkurse des Gesellschafter-Geschäftsführers anmelden.

§ 2. Die Voraussetzungen des Privatkonkurses

Der Konkursgrund bildet die Voraussetzung eines Konkurses[1]). Wir haben oben[2]) gesehen, daß dieser die amtliche Liquidation des schuldnerischen Vermögens bedingt. Wie im Gesellschaftskonkurse so können auch im Privatkonkurse alle Konkursgründe, sowohl die formellen (ordentliche Konkursbetreibung und Wechselbetreibung)[3]) als auch die materiellen (Art. 190 ff. SchKG, Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung)[4]) in Betracht kommen. Der Privatkonkurs wird nur dann eröffnet, wenn in Bezug auf den betreffenden Gesellschafter-Geschäftsführer ein im SchKG umschriebener Konkursgrund vorliegt. Wie wir bereits[5]) gesehen haben, unterliegen nur die Gesellschafter-Geschäftsführer von Gesetzes wegen der Konkursbetreibung (Art. 39 Ziff. 4bis SchKG / Art. 15 Ziff. 1 SchlUeB OR); die übrigen Gesellschafter können nur auf Pfändung betrieben werden.[6])

I. Die ordentliche Konkursbetreibung

Die Voraussetzungen der ordentlichen Konkursbetreibung machen sich nach folgenden Richtungen hin geltend:

1. Das Einleitungsverfahren[7]).

2. Die Konkursfähigkeit des Betriebenen. Der ordentlichen Konkursbetreibung und Wechselbetreibung ist nur derjenige Gesellschafter unterworfen, der in einer der in Art. 39 Ziff. 4bis SchKG bezeichneten Eigenschaften als Gesellschafter-Geschäftsführer oder dann gemäß Art. 934 OR im HReg eingetragen ist[8]).

---

[1]) Vgl. Ausführungen oben in § 5, S. 41.

[2]) Vgl. Ausführungen oben in § 5, S. 41; Blumenstein, S. 545.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 6, S. 42 ff.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 7, S. 53 ff.

[5]) Vgl. oben S. 32.

[6]) Vgl. Grübel, S. 100 ff.

[7]) Vgl. Ausführungen in § 6 I, Ziff. 1, S. 42.

[8]) Vgl. BGE 63 II 54; BGE 70 I 105; Art. 52 ff. HRegVO.

2. Der nach Ziff. 2 oben konkursfähige Gesellschafter ist nicht nur für die Gesellschafts-, sondern auch für seine Privatschulden auf Konkurs zu betreiben. — Der Konkurs erfaßt das gesamte Vermögen, somit auch den Vermögensanteil am Gesellschaftsvermögen. Der Konkurs geht nicht bloß zu Gunsten einzelner, sondern aller Gläubiger des Gemeinschuldners[1]) Sofort mit der Konkurseröffnung über den Gesellschafter wird Art. 218 II SchKG anwendbar. Die Gesellschaftsgläubiger können ihre Forderungen neben den Privatgläubigern in vollem Betrage geltend machen. — Die Konkursfähigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers dauert bis zu dessen Ausscheiden oder dessen Ausschluß.

4. Der Betreibungsort. Die Gesellschafter-Geschäftsführer sind von besonderen Betreibungsorten abgesehen an ihrem normalen Wohnsitze zu betreiben (Art. 23 ZGB, Art. 46 I SchKG)[2]). Der persönliche, zivilrechtliche Wohnsitz (Art. 23—26 ZGB) braucht nicht mit dem Sitze der Gesellschaft zusammen zu fallen[3]). Art. 813 OR bestimmt nur, daß wenigstens einer der Geschäftsführer in der Schweiz wohnhaft sein muß.

II. Die Wechselbetreibung

Für die eigenen Wechsel, bei denen der Gesellschafter-Geschäftsführer in irgend einer gemäß Art. 1021/22 OR[4]) bezeichneten Weise den Wechsel oder das Indossament unterzeichnet hat, kann der Gesellschafter selbstverständlich immer betrieben werden. — Für Firmawechsel, die der Gesellschafter-Geschäftsführer für die G.m.b.H. unterzeichnet hat, kann der konkursite Gesellschafter-Geschäftsführer während des Bestehens der G.m.b.H. nicht belangt werden. Seine persönliche Belangbarkeit tritt aber nach Art. 568 III OR ein, wenn er selbst in Konkurs geraten oder wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben worden ist. — Der konkursite Gesellschafter-Geschäftsführer kann sich der gegen ihn eingeleiteten Wechselbetreibung durch

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 8, S. 66; § 12, S. 81; § 16, S. 118.

[2]) BGE 65 III 103.

[3]) Art. 781, Ziff. 7 OR bezieht sich auf den persönlichen, zivilrechtlichen Wohnsitz des Gesellschafter-Geschäftsführers. Vgl. BGE 62 III 91.

[4]) Vgl. BGE 44 II 145.

Rechtsvorschlag widersetzen[1]) Die Wechselbetreibung wird aber durch das Betreibungsamt erst dann zugestellt, wenn die Voraussetzungen des Art. 178 SchKG erfüllt sind[2]). Der Schuldner muß der Konkursbetreibung unterliegen; der vorgelegte Titel muß die wesentlichen Eigenschaften eines Wechsels aufweisen. Weiter ist zu prüfen, ob der Schuldner die Möglichkeit bietet, daß eine Wechselverpflichtung des Betriebenen besteht.

Für den Fall, daß ein Gesellschafter-Geschäftsführer auf dem Wege der Wechselbetreibung zur Bezahlung einer Verbindlichkeit belangt wird, wickelt sich das Verfahren nach den Art. 177—189 SchKG ab[3]).

III. Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 SchKG)[4])

Nicht nur die Privat-, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger sind berechtigt, das Konkursbegehren zu stellen.

§ 3. Die Aktiven im Privatkonkurs

Das Konkurssubstrat jedes Gemeinschuldners setzt sich aus sämtlichem exekutionsfähigem Vermögen und den sog. Anfechtungsansprüchen zusammen[5]).

I. Das exekutionsfähige Vermögen der Gesellschafter

Das exekutionsfähige Vermögen eines Gesellschafters setzt sich zusammen aus dessen Privatvermögen, aus dessen Forderungen, die ihm als Drittem wider die Gesellschaft zustehen, aus dessen Honorar-, Zins- und Gewinnanteilsforderungen und aus dessen Liquidationsanteil am Gesellschaftsvermögen.

1. Zum Privatvermögen gehören alle jene Vermögensobjekte, welche sich im Eigentum des einzelnen Gesellschafters befinden und welche in keiner Beziehung stehen zum Vermögen der G.m.b.H.[6]).

---

[1]) Jaeger C. Art. 178 N 1.

[2]) Vgl. BGE 53 III 116.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 8 II, S. 71; Fritzsche in SJZ 28, Heft 2.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 7, S. 53 ff.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 17, S. 121.

[6]) z. B. private Wertpapiere, Wohnhaus usw.

2. Forderungen des Gesellschafters als Drittperson gegen die G.m.b.H., die ihm aus anderen als gesellschaftlichem Rechtsgrunde zustehen. — Die Gesellschafter sind, auch wenn ein Gesellschafter erst später der G.m.b.H. beitritt, miteinander durch ein einheitliches, vertragliches Band verbunden[1]). Direkte Rechtsbeziehungen sind somit gegeben. Die Gesellschaft einerseits und die Gesellschafter anderseits können als Kontrahenten gegenübertreten[2]). Die Ansprüche, die ihren Ursprung in Kaufgeschäften, Darlehen, Mietverträgen usw. haben, sind Forderungen, die in die Privatkonkursmasse fallen. Sie unterscheiden sich von denjenigen, die der Gesellschafter gegen irgendwelche Drittpersonen besitzt, dadurch, daß als Schuldnerin die G.m.b.H. auftritt.

3. Honorar, Gewinn und Bauzinsen[3]). Nach Art. 804 OR hat der Gesellschafter Anspruch auf den nach der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinn und auf die Bauzinsen. In den Statuten kann festgelegt sein, daß vorderhand keine Gewinne bezogen werden dürfen (Art. 804 I OR). — Macht der Gesellschafter von seinen Forderungsrechten keinen Gebrauch, so wird, wenn die Stammeinlage nicht voll einbezahlt ist, diese eventuell um den Betrag jener Summe vermehrt, sofern die andern Gesellschafter keine Einwendung dagegen erheben[4])

Wird diese Summe für die Liberierung der Stammeinlage verwendet, gehört sie zum Gesellschaftsvermögen. Der Gesellschafter, resp. dessen Privatkonkursmasse hat vom Zeitpunkte an, da diese Summe dem Stammkapital einverleibt wurde, kein Recht mehr, dieselbe für sich zu beanspruchen[5]) Was auf diese Weise dem Gesellschafter resp. seiner Konkursmasse entgeht, erscheint dann freilich in einem größeren Liquidationsanteil.

Die Forderungen aus dem Gewinnanteil, aus Honorar und dem Recht auf Bauzinse haben im Unterschied zu jenen unter Ziff. 2 oben angeführten ihren Grund in der Mitgliedschaft[6]).

---

[1]) Siegwart, Art. 574 N 11 und Art. 598 N 7.

[2]) Vgl. § 15, Ziff. 1, S. 97.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 15, S. 113 und 114.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 1, S. 97 ff.

[5]) Moor, S. 98.

[6]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 1, S. 97.

4. Unter Liquidationsguthaben versteht man den bedingt betagten Anspruch auf Rückzahlung der Einlagen im Falle der Auseinandersetzung[1]). Das Liquidationsguthaben kann je nach dem, entweder Passiv- oder Aktivanteil sein. Bei der Auflösung und Liquidation der G.m.b.H. haben wir dann einen Ueberschuß, d. h. einen Aktivanteil, wenn nach Abzug der gemeinschaftlichen Schulden, nach Ersatz der Auslagen und Verwendungen an einzelne Gesellschafter und nach Rückerstattung der Vermögensleistungen ein Plus bleibt. Anderseits haben die Gesellschafter das eventuell Fehlende als Verlust zu tragen[2]). Dieser Passivenanteil ist denkbar, auch wenn die G.m.b.H. nicht überschuldet ist. Es bedeutet dann eine Schuld des Gesellschafters an die übrigen Gesellschafter mit Aktivenanteilen, welche aber während des Bestehens der Gesellschaft nicht realisiert werden kann. Ist dagegen die G.m.b.H. überschuldet, so haben die Gesellschafter mit Aktivanteilen Ansprüche gegen jene mit Passivanteilen[3]). Die Aktivanteile, d. h dessen Ansprüche fallen in die entsprechende Privatkonkursmasse.

Für den Privatgläubiger hat der Liquidationsanteil nur dann einen Wert, wenn er dessen Ausrichtung erzwingen kann. — Wir haben schon gesehen[4]), daß der Konkurs des Gesellschafters nicht den Konkurs der G.m.b.H. nach sich ziehen muß. Nach Art. 793 I OR kann aber die Konkursverwaltung die Auflösung der G.m.b.H. verlangen, wenn er den Gesellschaftsanteil des falliten Gesellschafters für die Befriedigung dessen Gläubiger benötigt, sofern die G.m.b.H. nicht ohne Auflösung und Liquidation für den Anteil aufkommen kann. Art. 794 OR bestimmt detailliert, wie die Auflösung der G.m.b.H. abgewendet wird. Hieraus resultiert, daß die Privatgläubiger dieses Gesellschafters befugt sind, durch den Konkursverwalter den Liquidationsanteil zum Zwecke ihrer Befriedigung oder zur Sicherstellung in Anspruch zu nehmen.

Ist auch die G.m.b.H. in Konkurs, so kann die Privatkonkursmasse das Liquidat nicht geltend machen, denn das

---

[1]) Hagmann, S. 24.

[2]) Vgl. Bucher, S. 64.

[3]) Derselbe, S. 64.

[4]) Vgl. oben I. Kapitel A, S. 143; § 1, S. 160.

gesamte Gesellschaftsvermögen dient in erster Linie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger.

II. Die Anfechtungsansprüche

Auch im Privatkonkurse des Gesellschafters können zum exekutionsfähigen Vermögen die verschiedenen Anfechtungsansprüche, speziell die sog. Ausgleichungsansprüche der Gesellschafter hinzutreten[1]).

§ 4. Die Passiven im Privatkonkurse

Die Passiven des Privatkonkurses setzen sich zusammen aus den Konkursforderungen und den Masseverbindlichkeiten. Die Masseverbindlichkeiten sind nicht Schulden des Gemeinschuldners, sondern der Masse. Sie entstehen erst mit der Durchführung des Verfahrens[2]).

Folgende vier Kategorien kommen im Privatkonkurse als Konkursgläubiger in Betracht:

1. Die Privatgläubiger

Die Privatgläubiger des falliten Gesellschafters werden mit ihren vollen Forderungen zugelassen. Privat- oder auch Sondergläubiger genannt, sind alle jene natürlichen oder juristischen Personen, die Forderungen lediglich an den betreffenden Gesellschafter haben. Es kann unter Umständen zweifelhaft sein, ob ein Gesellschafter eine private oder eine Gesellschaftsverbindlichkeit begründet hat. Privatgläubiger können somit auch Mitgesellschafter oder auch die G.m.b.H. selber sein, soweit es sich um außergesellschaftliche Schuldverhältnisse handelt.

Die Privatgläubiger müssen, wie wir noch sehen werden, die Gesellschaftsgläubiger neben sich dulden. In dem Falle aber, wo die Gesellschaft im Konkurse sich befindet, können die Gesellschaftsgläubiger nur mit dem sog. Ausfall konkurrieren[3]). Wenn aber die G.m.b.H. noch aufrecht

---

[1]) Vgl. Ausführungen oben in § 15, S. 96 und § 21, S. 137; vgl. Besonderer Teil § 4, Ziff. 4, S. 152.

[2]) Vgl. Ausführungen oben in § 8, S. 66 ff. und § 16, S. 118 ff.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 10, S. 78.

steht, können die Gesellschaftsgläubiger mit ihren vollen Forderungen konkurrieren. Beide Gruppen von Gläubigern nehmen zu gleichen Rechten am Privatkonkurse teil[1]).

Wenn aber die Forderungen der Privatgläubiger privilegiert sind, gehen sie selbstverständlich vor. Das schließt aber nicht aus, daß nicht auch die Gesellschaftsgläubiger unter Umständen Vorrechte aus Art. 219 SchKG[2]) genießen können, die sie neben oder sogar vor den Privatgläubigern privilegieren.

Einer der Hauptansprüche der Privatgläubiger bildet die Frauengutsforderung. Diese ist selbst dann eine Privat- und keine Firmaforderung, wenn die Ehefrau beweisen kann, da ihr Zugebrachtes vom Ehemann in die Gesellschaft eingeworfen worden sei. Nur wenn die Frau ausdrücklich mit der G.m.b.H. kontrahiert hat[3]), besitzt sie eine Forderung an die Gesellschaft. Als solche ist sie ein gewöhnlicher Anspruch und keine Frauengutsforderung.

2. Die Gesellschaftsgläubiger

Die Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurse sind diejenigen, die gegen einen einzelnen Gesellschafter Forderungen haben, denen Gesamthandsverbindlichkeiten aller Gesellschafter entsprechen[4]). Wie aber die Ansprüche z. B. jene aus der Haftung im Privatkonkurse geltend gemacht werden müssen, ist im Gesetz nicht geregelt. Da die Gesellschafter der G.m.b.H. gemäß Art. 802 I OR nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften (Art. 568 ff. OR) haften, steht der Anspruch aus der Haftung grundsätzlich den Gesellschaftsgläubigern und nicht der Gesellschaft zu. Deshalb müssen m. E. die Gesellschaftsgläubiger gleich wie beim Konkurs eines Kollektivgesellschafters[5]) ihre Forderungen einzeln anmelden, wenn sie ihre Ansprüche gegen den konkursiten Gesellschafter nicht verlieren wollen. Allerdings ließe sich auch denken, daß in Analogie zu Art. 802 IV OR die Geschäftsführung den Ge-

---

[1]) Art 215 SchKG.

[2]) z. B. Arztkosten, vgl. Jaeger C., Art. 219 N 11 ff.

[3]) Vgl. Bosshardt, Das Frauengut im Konkurs des Ehemannes nach schweiz. Recht, Diss. Zürich, S. 96.

[4]) Bucher, S. 71.

[5]) Vgl Hagmann, S. 26; Moor, S. 103 ff.

samtanspruch aller Gläubiger geltend macht[1]). Trotz der Zusammenfassung zu einer Gesamthandforderung bleiben die Ansprüche Sonderrechte der einzelnen Gesellschaftsgläubiger, weshalb auch nach Janggen-Becker[2]) jeder Gesellschaftsgläubiger einzeln gegen die falliten Gesellschafter vorgehen kann, wenn die Konkursverwaltung resp. die Geschäftsführung auf die Geltendmachung der Haftungsansprüche[3]) verzichtet.

Bei der Kollokation[4]) müssen die Gesellschaftsgläubiger, die ihre Forderungen angemeldet haben, mit zwei Beträgen kolloziert werden. — Einmal sind für die Abrechnung untereinander die vollen Forderungsbeträge maßgebend. Gegenüber den Privatgläubigern konkurrieren die Gesellschaftsgläubiger nur mit dem Betrage des nichteinbezahlten Stammkapitals. Ob der Gemeinschuldner seine Einlage voll liberiert hatte oder nicht, ist dabei gleichgültig (Art. 802, 143 und 568 ff. OR).

Wenn die Konkursmasse des falliten Gesellschafters die Gesellschaftsgläubiger nicht voll befriedigt, erhält jeder Gesellschaftsgläubiger einen eigenen Verlustschein. Gemäß Art. 802 I OR ist die Haftung des Gesellschafters begrenzt. Der Konkursverlust der Gesellschaftsgläubiger kann sich deshalb nicht nach der nominellen Höhe der angemeldeten Forderungen richten, sondern nach der Haftung in concreto, d. h. nach dem Betrage, den die Konkursverwaltung auf Grund der tatsächlichen Umstände[5]) berechnet. — Praktisch sehen wir das an folgendem Beispiele: die von den Gesellschaftsgläubigern angemeldeten Forderungen betragen Fr. 20,000.—. Die Konkursverwaltung berechnet die Haftung in concreto des konkursiten Gesellschafters auf Fr. 5000.—. Die Konkursdividende beträgt 50 %. Das ergibt für die Gesellschaftsgläubiger einen Konkursverlust von Fr. 2500.—. Der einzelne Gesellschaftsgläubiger erhält somit einen Verlustschein für 1 Achtel (2500/20,000) seiner angemeldeten Forderung. Kann später die G.m.b.H. ihre

---

[1]) Siegwart, Art. 610/2 N 44.

[2]) Janggen-Becker, Art. 802 N 21.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 1, S. 97 ff und Ziff. 5, S. 116.

[4]) Vgl. Ausführungen in § 8, S. 66 ff. und § 16, S. 118 ff.

[5]) Die Einzahlungen und eventuellen Rückleistungen werden mitberechnet.

Verpflichtungen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erfüllen, erlöschen damit auch die durch die Verlustscheine verkörperten Forderungen gegen den konkursiten Gesellschafter.

Wenn aber anderseits die Privatkonkursmasse die Gesellschaftsgläubiger befriedigt, tritt die Masse in die Rechte der Gläubiger gegenüber der G.m.b.H. Die Konkursmasse hat somit Regreß gegen die Gesellschaft[1]). — Ist die G.m.b.H. zahlungsfähig, führt die Geltendmachung des Rückgriffsrechts dazu, daß die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger die Konkursmasse gar nicht belasten, indem das, was an die Gesellschaftsgläubiger bezahlt wird, von der Gesellschaft wiedereingefordert werden kann[2]).

Wenn der in Konkurs geratene Gesellschafter seine Stammeinlage nicht voll liberiert hatte, treten neben die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger jene der Gesellschaft für die Einforderung der Einlage[3]). In dem Falle, wo außer dem konkursiten Gesellschafter die übrigen Gesellschafter ihre Stammeinlagen voll einbezahlt haben, sind die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus der Haftung gleich groß wie die Einlageforderung der Gesellschaft. Der Art. 213 II Ziff. 2 SchKG bewirkt, da es sich nicht um eine Verrechnung einer Massaforderung mit einer Konkursforderung, sondern um eine Verrechnung einer Massaforderung mit einer Konkursdividende handelt, die völlige Tilgung der gegenseitigen Ansprüche. Hier erfolgt die Befriedigung der Gläubiger gleichsam an Zahlungsstatt.

Den Gesellschaftsgläubigern steht es natürlich frei, ihre Forderungen im Privatkonkurse einzugeben. Art. 218 II SchKG gibt den Gesellschaftsgläubigern dazu die Berechtigung. Haben die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen eingegeben und eine Teilzahlung erhalten, d. h. für den ungedeckten Teil einen Verlustschein, können dann in einem später, erst nach Beendigung des Privatkonkurses ausbrechendem Gesellschaftskonkurse die Gesellschaftsgläubiger trotz der Teilzahlung mit ihren vollen ursprünglichen Forderungen berücksichtigt werden? Oder konkret gesprochen, gilt Art. 217 SchKG für das Verhältnis zwischen

---

[1]) Janggen-Becker, Art. 802 N 7; Jaeger C. Art. 218 N 10.

[2]) Vgl. über solche Liberationsansprüche der Konkursmasse von Tuhr, actio de in rem verso, S. 123 ff.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 16, S. 118 und § 18, S. 126; vgl. unten.

der Gesellschaft einerseits und dem Gesellschafter anderseits?

Für die Anwendung des Art. 217 SchKG auf die G.m.b.H. spricht ihre rechtliche Natur[1]). Sie ist eine juristische Person. Der Umstand, daß im Gesellschaftsvermögen und im Privatvermögen zwei gesonderte Vermögensmassen vorliegen, die beide für die gleiche Schuld haften[2]) (mit der Konkurseröffnung über die eine von ihnen sogar nebeneinander), dürfte eine analoge Anwendung des erwähnten Artikels rechtfertigen.

Weil die Gesellschafter im Sinne des Art. 143 OR als Solidarschuldner nebeneinanderstehen, gilt Art. 217 SchKG ohne weiteres für ihr Verhältnis unter sich. Jeder der Gesellschafter haftet mit seinem ganzen Vermögen solidarisch bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Art. 802 I OR). Art. 218 II SchKG verleiht der Privatkonkursmasse daher die durch Art. 215 SchKG der Konkursmasse eines Bürgen gewährten Rückgriffsrechte. Der auf diese Weise erhaltene Anspruch richtet sich, sofern die G.m.b.H. noch besteht, nur gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Gesellschafter[3]).

Fällt nach Beendigung des Privatkonkurses auch noch die G.m.b.H. in Konkurs, so kommt Art. 217 SchKG zur Anwendung. Bevor die Gesellschaftsgläubiger nicht vollständig befriedigt sind, erhält die Privatmasse nichts von der Gesellschaftskonkursmasse. Das Recht zur Eingabe der Forderungen im Gesellschaftskonkurse steht den Gesellschaftsgläubigern und der Privatmasse zu. Nach vollständiger Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erhält die Privatmasse aus dem effektiven Ueberschusse den Betrag, den sie bei selbständiger Geltendmachung des Rückgriffsrechts erhalten würde (Art. 217 III SchKG).

3. Die Gesellschaft

Die Gesellschaft kann im Privatkonkurse geltend machen die Ansprüche auf Einforderung der noch nicht völlig ein-

---

[1]) Vgl. § 3, S. 23 und § 4, S. 32.

[2]) Vgl. Hagmann, S. 7.

[3]) Vgl. § 3, S. 23 und § 4, S. 32.

gezahlten Stammeinlagen[1]), der Wiedereinwerfung von ungerechtfertigten Gewinnbezügen und Rückleistungen[2]), die Ansprüche aus der Verantwortlichkeits- und Schadenersatzklage[3]) usw. — Zuständig für die Geltendmachung dieser Ansprüche ist die Geschäftsführung; im Gesellschaftskonkurse dessen Konkursverwaltung.

4. Ausgleichungsansprüche unter den Gesellschaftern

Ausgleichungsansprüche entstehen zwischen Gesellschaftern mit Aktivanteilen und jenen mit Passivanteilen. Auch wenn der Privatkonurs den Gesellschaftskonkurs bewirkt, so können daraus die Gesellschafter keinen Schadenersatzanspruch begründen[4]). Wie wir bereits gesehen haben, fallen die Aktivanteile, d. h. dessen Ansprüche in die betreffende Privatkonkursmasse[5]).

§ 5. Der Nachlaßvertrag eines Gesellschafters

Jeder Schuldner ist gemäß Art 293 I SchKG zur Einreichung eines Nachlaßbegehrens berechtigt, ohne Rücksicht darauf, ob er der Betreibung auf Konkurs oder derjenigen auf Pfändung unterliegt, auch wenn er noch gar nicht betrieben ist[6]). Der Nachlaßvertrag des konkursiten Gesellschafters schützt diesen vor den mit dem Konkurs verbundenen öffentlich-rechtlichen Folgen.

Der Konkurs wird widerrufen, wenn ein in Konkurs geratener Gesellschafter nachträglich einen Nachlaßvertrag erlangt[7]). Dadurch fällt die Voraussetzung für eine Belangbarkeit durch die Gesellschaftsgläubiger dahin. Im Nachlaß-

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 18, S. 126; vgl. oben unter Ziff. 2, S. 150.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 21, Ziff. 1, lit. c., S. 138; vgl. dort Fußnote 4 betr. Verjährungsfrist nach Art. 127 OR.

[3]) Vgl. Ausführungen in § 15, Ziff. 5, S. 110.

[4]) Hagmann, S. 29.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 3 I, Ziff. 4, S. 144.

[6]) Jaeger C., Art. 293 N 1.

[7]) Vgl. Ausführungen in § 12, S. 81 und § 5, S. 152.

verfahren eines Gesellschafters werden wohl die Gesellschaftsgläubiger solange außer Acht gelassen, als die G.m.b.H. nicht aufgelöst oder selbst in Konkurs geraten ist. Vorläufig weiß noch niemand, wann und in welcher Höhe der betreffende Gesellschafter einmal belangt wird. Zudem bleibt der Gesellschafter, wenn er als Mitglied weiter der G.m.b.H. angehört, als Nachlaßschuldner den Gesellschaftsgläubigern weiterhin bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals haftbar (Art. 802 OR).

§ 6. Die Arrestnahme für Gesellschaftsschulden

Auch für eine nicht-verfallene Forderung kann ein Gläubiger gemäß Art. 271 Ziff. 1 und 2 SchKG Arrest nehmen, wenn ein Schuldner keinen festen Wohnsitz[1]) hat, wenn er in der Absicht sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensstücke beiseite schafft[2]), sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft. Das Moment einer gewissen Heimlichkeit und namentlich auch die Absicht, sich durch diesen Wegzug der Belangung seitens der Gläubiger zu entziehen, muß vorhanden sein[3]). Unter diesen Voraussetzungen kann auch ein Gesellschaftsgläubiger das Privatvermögen eines Gesellschafters mit Arrest belegen[4]). Dieser bei der Kollektivgesellschaft angewandte Grundsatz darf wohl auf die G.m.b.H. übertragen werden. Darnach wird durch die Arrestnahme der gegen den Gesellschafter gerichtete Anspruch fällig. Die Haftungsgrenze ist festzusetzen, damit der Arrestnehmende Gläubiger gegen den Arrestschuldner vorgehen kann.

Das Verfahren für den Arrest richtet sich nach den Art. 271—281 SchKG[5]).

---

[1]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 1 und 2, S. 54; BGE 67 III 102.

[2]) Vgl. Ausführungen in § 7, Ziff. 3 und 4, S. 55.

[3]) Jaeger C., Art. 271 N 1.

[4]) Siegwart, Art. 568/9 N 33; ZSR 19, S. 159.

[5]) Ott E., Das Arrestverfahren nach SchKG, Diss. Zürich 1900. Durch Art. 59, III BV wurde der Personalarrest abgeschafft. Nach § 913 deutscher ZPO ist er zuläßig; er wird aber in Deutschland nur selten angewandt. — Für die Arrestaufhebungsklage vgl. Art. 279 SchKG.

B. Mehrheit von Privatkonkursen

§ 7. Mehrheit von Privatkonkursen

Bei mehreren gleichzeitigen Privatkonkursen können die Gesellschaftsgläubiger nach Art. 216 I und 218 II SchKG in jedem Konkurse ihre Forderungen in vollem Umfange anmelden. Die Gleichzeitigkeit trifft dann noch zu, wenn vor der Verteilung in dem einen Privatkonkurse über den andern Gesellschafter der Konkurs eröffnet wird. Wenn aber der eine Gesellschafter erst in Konkurs kommt, nachdem im Konkurs des andern Gesellschafters schon die ganze Konkursdividende ausbezahlt ist, liegt nicht Gleichzeitigkeit vor, d. h. an Stelle von Art. 216 SchKG kommt dann Art. 217 SchKG zur Anwendung[1]).

Die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger wird besonders günstig, wenn mehrere Privatkonkurse von falliten Gesellschaftern nebeneinander laufen. Da die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der G.m.b.H. solidarisch bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals haften, so können die Gesellschaftsgläubiger der G.m.b.H. wie jene der Kollektivgesellschaft in jedem Privatkonkurse ihre Forderungen in vollem Betrage geltend machen[2]).

Analog der Regelung bei mehreren gleichzeitig schwebenden Privatkonkursen verhällt es sich für das Nachlaßverfahren. Auch im Nachlaßvertragsverfahren, das gleichzeitig neben dem Privatkonkurse eines falliten Gesellschafters stattfindet, können die Gesellschaftsgläubiger nach Art. 216 SchKG ihre Forderungen in vollem Betrage anmelden[3]). Ob es sich um einen privaten oder gerichtlichen Nachlaßvertrag handelt, ist ohne Bedeutung[4]). Auf jene Gesellschafter, die dem Pfändungsverfahren unterliegen, kann Art. 216 hingegen nicht Anwendung finden. — Sollte aber der eine Konkurs im Auslande eröffnet worden sein[5]), so hindert dieser die Geltendmachung der vollen Forderung im inländischen Konkurse nicht[6]).

---

[1]) Jaeger C., Art. 216 N 2.

[1]) Jaeger C., Art. 218 N 1; Blumenstein, S. 670.

[3]) Jaeger C., Art. 216 N 2.

[4]) Vgl. BGE 41 III 46.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 6 I, Ziff. 4 lit. b und c, S. 48—50.

[6]) Jaeger C., Art. 216 N 2.

Wie wir bereits gesehen haben[1]), ist der Gesellschaftsgläubiger zur Eingabe seiner Forderungen nicht verpflichtet. Der Art. 218 II SchKG gibt ja dem Gesellschaftsgläubiger dazu bloß die Berechtigung. Eine Verpflichtung des Gesellschaftsgläubigers zur gleichzeitigen Geltendmachung in den verschiedenen gleichzeitig schwebenden Privatkonkursverfahren resp. Nachlaßvertragsverfahren besteht aber nur darin, als aus der Unterlassung bestimmte Rechtsfolgen sich ergeben können[2]).

Bei der Anmeldung der Forderungen hat aber der Gesellschaftsgläubiger auf eine bereits in einem andern Privatkonkurs erfolgte Geltendmachung derselben Forderung Bezug zu nehmen. Die Forderungen können in den verschiedenen Konkursen verschieden sein. Die Zinsen bei nicht pfandversicherten Forderungen werden jeweils bis zum Konkurseröffnungstag berechnet werden. In dem erst später eröffneten Konkurse machen diese somit einen größern Betrag aus.

Praktisch wird aber dieser Fall, wo mehrere Privatkonkurse, resp. Nachlaßvertragsverfahren gleichzeitig nebeneinander laufen, während die G.m.b.H. noch aufrecht steht, sehr selten vorkommen.

II. Kapitel

Das Verhältnis der beiden Konkurse (Gesellschafts- und Privatkonkurs) zueinander

§ 8. Der Grundsatz der Trennung von Gesellschafts- und Privatkonkurs und ihre Unabhängigkeit voneinander

Der Privatkonkurs hat weder den Gesellschaftskonkurs noch letzterer den Privatkonkurs zur Folge (Art. 820 und 793 OR). Soll der Konkurs über die Gesellschaft und über die Gesellschafter eröffnet werden, so müssen inbezug auf die G.m.b.H. als auch inbezug auf die einzelnen Gesellschafter die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen für die Konkurseröffnung vorliegen.

---

[1]) Vgl. Ausführungen im Besonderen-Teil in § 4, Ziff. 2, S. 148.

[2]) z. B. Art. 50 II, 148, 497 usw. OR.

Der Grundsatz der Trennung bedurfte einer langen Entwicklung. Als die Kantone noch zuständig waren, enthielten dessen Rechte keine Bestimmungen über einen besonderen Firmakonkurs[1]). — Sowohl das OR als auch das SchKG sprechen für den Grundsatz der Trennung. Der Art. 218 I SchKG hebt ausdrücklich als besonderen Fall, denjenigen des gleichzeitigen Gesellschafts- und Privatkonkurses hervor. Somit sind auch Fälle denkbar, wo nur die Gesellschaft, nicht auch einer oder mehrere Gesellschafter in Konkurs sind. Wie auch Art. 218 II SchKG[2]), so zeigen die Art. 39 Ziff. 4bis, Ziff. 7bis und 65 SchKG, daß Gesellschafts- und Privatkonkurs getrennt sind. Der Privatkonkurs begründet auch nach SchKG an sich den Gesellschaftskonkurs nicht[3]).

Die rechtliche Natur der G.m.b.H. behebt irgendwelche Zweifel gegen die Trennung und die Unabhängigkeit. Die G.m.b.H. haftet nicht für die persönlichen Schulden der Gesellschafter. Die Privatgläubiger sind von der Teilnahme am Gesellschaftskonkurse ausgeschlossen. — Die G.m.b.H. ist eine juristische Person. Bei ihrem Konkurse handelt es sich nicht um zwei verschiedene Vermögensmassen einer und derselben Person, sondern um die Vermögen zweier verschiedener Personen. Das Gesellschaftsvermögen hat ein besonderes Rechtssubjekt zu seinem Träger; es gehört nicht den Gesellschaftern einzeln, denn es ist Gesamteigentum[4]).

Der Gesellschaftskonkurs zieht demnach den Privatkonkurs nicht ipso jure nach sich und umgekehrt[5]).

---

[1]) Vgl. Moor, S. 115.

[2]) Art. 218 I SchKG bezieht sich auf den Fall, wo nur über einen Gesellschafter, nicht aber gleichzeitig über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

[3]) Sämtliche ausländischen Gesetzgebungen haben an dem Grundsatz dieser Unabhängigkeit festgehalten (Jaeger E., § 212 N 16).

[4]) Art. 652/4 ZGB.

[5]) Für die Unabhängigkeit der Einzelkonkurse entschieden sich mit der Schweiz noch Deutschland und Ungarn. —

[6]) Für die Abhängigkeit hingegen sprechen sich die Gesetzgebungen von Frankreich, Italien, Spanien, Portugal, Rumänien, Belgien, Oesterreich, Brasilien und Argentinien aus. Vgl. Jaeger E., § 212 N 16.

§ 9. Gleichzeitiger Gesellschafts- und Privatkonkurs

I. Begriff der Gleichzeitigkeit

Besonderes Interesse bietet das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Privatkonkurs, wenn die beiden Konkurse gleichzeitig vorliegen. Es wird hier an den Tatbestand gedacht, welchen Art. 218 I SchKG voraussetzt. Dieser Tatbestand ist nur dann gegeben, wenn die beiden Konkurse im gleichen Zeitpunkt eröffnet sind, d. h. wenn die beiden Konkursverfahren zu gleicher Zeit hängig sind.

Der Fall des gleichzeitigen Gesellschafts- und Privatkonkurses in dem hier gebrauchten Sinne liegt dann vor, wenn der eine Konkurs eröffnet wird, bevor das Gericht den andern für geschlossen erklärt (Art. 268 SchKG).

II. Der Gesellschaftskonkurs

1. Allgemeines: Der Umfang der Aktiv- und Passivmasse der G.m.b.H. ist bei gleichzeitigem Gesellschafts- und Privatkonkurse genau derselbe wie in dem Falle, wo nur die Gesellschaft im Konkurs ist[1]).

2. Zur Aktivmasse der G.m.b.H. gehören also bei gleichzeitigem Gesellschafts- und Privatkonkurse alle diejenigen Vermögensstücke, die oben in den §§ 15—22[2]) einbezogen worden sind.

Neben dem noch nicht irgendwie realisierten Teil des Stammkapitals kann es sich handeln um:

a) Eigentum an körperlichen Sachen, sowohl beweglichen als unbeweglichen. Bei Grundstücken müssen die Eintragungen im Grundbuch auf die G.m.b.H. lauten[3]) — Besitzt die fallite G.m.b.H. eine oder mehrere Filialen, so werden auch die dort liegenden Vermögensstücke zur Gesellschaftsmasse gezogen, weil die Betriebsmittel der Filiale rechtlich kein getrenntes Vermögen bilden[4]).

---

[1]) Vgl. Ausführungen in den §§ 17—22, S. 121 ff.

[2]) Vgl. S. 96—139.

[3]) Vgl. Art. 656 und 958 ZGB; Art. 31 IV und 33 III Grundb.VO: BGE 30 II 517 sowie die Ausführungen auf Seite 122.

[4]) BGE 68 I 113 E 3; BGE 70 I 207; Ausführungen auf Seite 44 ff.

b) Dingliche Rechte an Sachen Dritter [1])

c) Forderungen der Gesellschaft z. B. jene auf rückständige Einlagen oder jene, die auf außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses liegenden Rechtsgründen zurückzuführen sind [2]) usw.

d) Ansprüche aus gewerblichen Rechten; Patentrechte, Urheberrechte an Werken der Kunst und Literatur usw. [3])

e) Erbrechtliche Ansprüche (Art. 591 ZGB).

3. Die Passivmasse der G.m.b.H. setzt sich zusammen aus den Konkursforderungen und den Massenverbindlichkeiten. Zu den Konkursforderungen gehören alle vermögensrechtlichen Ansprüche, welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber der Gemeinschuldnerin bestehen [4]) Wie wir bereits gesehen haben, kommen im Unterschied zum Privatkonkurs im Gesellschaftskonkurse nur Gesellschaftsgläubiger als Konkursgläubiger in Betracht. Diese können einerseits Dritte, anderseits Gesellschafter sein. Die Forderungen können auf Rechtsgeschäften, unerlaubten Handlungen, auf Gesetz usw. beruhen [5]).

III. Der Privatkonkurs

1. Allgemeines: Hier weist weder die Aktiv- noch die Passivmasse des Privatkonkurses den gleichen Umfang auf wie in dem I. Kapitel Besonderer-Teil [6]) behandelten Falle, wo angenommen wurde, nur der Gesellschafter sei fallit und die G.m.b.H. stehe aufrecht. — Wie oben unter II, so soll im folgenden nur das berücksichtigt werden, was im Privatkonkurs durch den gleichzeitigen Gesellschaftskonkurs sich ändert.

2. Aktiven. Gewinn- und Entnahmeansprüche können geltend gemacht werden [7]), sofern sie innerhalb des

---

[1]) We zur Begründung des betr. Rechtes die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, ist die G.m.b.H. als Berechtigte einzutragen.

[2]) Ausführungen in § 21, S. 137 ff.

[3]) Vgl. Baumann, Urheberrecht an der Melodie, Diss. Zürich 1940.

[4]) Jaeger C., 197 N 1.

[5]) Vgl. Ausführungen in § 21, Ziff. 1, S. 138.

[6]) S. 141 ff.

[7]) Jaeger E., 173.

verflossenen Geschäftsjahres entstanden sind. Für Gewinnansprüche aus weiter zurückliegenden Geschäftsjahren und für die Zeit vom letzten Geschäftsabschluß bzw. vom Termin, an welchem er hätte stattfinden sollen bis Konkursausbruch entsteht keine Forderung[1]). Da die Gesellschaft im Konkurs ist, dient das gesamte Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Die Ausrichtung eines Liquidationsanteiles ist deshalb nicht möglich[2]). — Jene Vermögensgegenstände, die der Gesellschaft nicht zu Eigentum, sondern bloß zum Gebrauch übertragen worden sind, unterliegen natürlich der Aussonderung. Der Aussonderungsanspruch ist vom Konkursverwalter des Privatkonkurses geltend zu machen. Hält die Konkursverwaltung des Gesellschaftskonkurses den Anspruch für unbegründet, so setzt sie derjenigen des Gesellschaftskonkurses eine Frist von zehn Tagen zur Klageerhebung an. Wird die Frist nicht eingehalten, so gilt der Anspruch als verwirkt (Art. 242 SchKG).

3. Bezüglich der Passivmasse ist folgendes zu beachten:

a) Die Privatgläubiger werden mit ihren vollen Forderungen berücksichtigt.

b) Die Gesellschaftsgläubiger können gemäß Art. 218 I Satz 1 SchKG nur den im Gesellschaftskonkurs unbezahlt gebliebenen Rest ihrer Forderungen, den sog. Ausfall geltend machen. Der Grund liegt darin, daß die Gesellschaftsgläubiger sich zuerst aus dem Gesellschaftsvermögen, das ihnen ausschließlich zur Verfügung steht, zu befriedigen suchen. Sie sollen sich in erster Linie an dieses halten, und nur für einen allfälligen Ausfall als Konkurrenten der Privatgläubiger im Privatkonkurse auftreten dürfen[3]). — Ist der Gesellschafter finanzkräftig, kann er für alle Verbindlichkeiten aufkommen; andernfalls wird er in Konkurs kommen. Dann greift die Haftungsbeschränkung für den Ausfall Platz[4]). Die Konkurs-

---

[1]) Siegwart, Art. 570 N 24.

[2]) Jaeger E., § 209; Bucher, S. 84; Moor, S. 128. Vgl. aber Art. 572 OR.

[3]) Solange der einzelne Gesellschafter aufrecht steht und nur die Gesellschaft in Konkurs ist, bedürfen die Privatgläubiger des durch Art. 218 I SchKG ausgesprochenen Schutzes nicht. Vgl. Jaeger E., S. 134.

[4]) Hagmann S. 34.

verwaltung vertritt die Rechte der Gesellschaftsgläubiger. Sie meldet eine Forderung in der vollen Höhe der Haftung in concreto im Privatkonkurse des Gesellschafters an[1]). Die Haftung wird aber nur unter der Voraussetzung geltend gemacht, wenn das Stammkapital nicht voll gedeckt ist. — Geraten mehrere Gesellschafter in Konkurs, dann wird in jedem einzelnen Privatkonkurse die volle Haftung in concreto angemeldet, denn bei den Gesellschaftern handelt es sich um Mitverpflichtete im Sinne von Art. 216 SchKG. — Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

aa) Wenn ein Teil der Gesellschafter solvent ist und für die ganze Haftung in concreto aufkommen kann, dann treten die zahlenden Gesellschafter in die Gläubigerrechte ein (Art. 149 I OR). Die Regreßansprüche der Gesellschafter treten nun an die Stelle des kollozierten Anspruches der Gesellschaftsgläubiger. Den in Anspruch genommenen Gesellschaftern steht ein Rückgriffsrecht gegen die zahlungsfähigen Mitgesellschafter, diesen wieder gegenüber den säumigen Gesellschaftern zu[2]). Die Rückgriffsansprüche müssen nicht besonders eingegeben werden[3]), sie richten sich gemäß Art. 802 III OR nach Maßgabe der Stammeinlagen.

Nehmen wir z. B. an: A und B, deren Einlagen je Fr. 5000.— betragen, seien je Fr. 2000.— auf die Einlagen schuldig geblieben. Der solvente C, dessen Einlage Fr. 15,000.— betrage, habe für die Fr. 4000.— aufkommen müssen. Nachträglich sei B zu neuem Vermögen gekommen. Dann kann C gegen B zunächst die Fr. 2000.— geltend machen, die B schuldig geblieben ist. Darüber hinaus noch $\frac{1}{4}\ \frac{5000}{15000+5000}$ von den 2000 Fr., die A schuldig blieb, denn was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen anteilmäßig zu tragen.

bb) Wenn kein Gesellschafter in der Lage ist, die Gesellschaftsgläubiger auf die volle Höhe der Haftung in concreto zu befriedigen, finden die Art 216 und 218 SchKG Anwendung. Nehmen wir folgende Beispiele:

In der G.m.b.H. A und B unterliegt A der Konkursbe-

---

[1]) Jaeger C., Art. 218 N 5.

[2]) Burckhardt, S. 131.

[3]) Jaeger C., Art. 217 N 3.

treibung, B dagegen nicht. Die Gesellschaft und gleichzeitig auch A geraten in Konkurs. B ist insolvent. Gemäß Art. 218 SchKG können die Gesellschaftsgläubiger bei gleichzeitigem Gesellschaftskonkurs und Privatkonkurs nur den im Gesellschaftskonkurs ungedeckt gebliebenen Rest ihrer Forderungen geltend machen.

Oder in der G.m.b.H. A, B und C unterliegen A und B der Konkursbetreibung. Die Gesellschaft und A und B fallen in Konkurs. C ist insolvent. Auf jeder der drei gleich großen Einlagen stehen noch Fr. 20,000.— aus. Die Haftung in concreto beträgt Fr. 60,000.—. Da in jedem der beiden Privatkonkurse die volle Haftung in concreto d. h. Fr. 60,000.— angemeldet werden kann, ist es wohl möglich, daß eine der Massen mehr als anteilmäßig in Anspruch genommen wird. Diese Masse hat gegen C, der nicht in Konkurs ist, einen anteilmäßigen Regreßanspruch. Wenn nun z. B. die Masse des B Fr. 30,000.— leistet (Fr. 10,000.— mehr als ihr Anteil), kann sie Fr. 5000.— gegen C geltend machen. Dagegen haben aber die beiden Konkursmassen des A und B gegeneinander keine Regreßansprüche, solange die Zuteilungen an die Gesellschaftsgläubiger zusammen nicht den Betrag der Haftung (Fr. 60,000.—) erreichen (Art. 216 III SchKG). Wenn dagegen die Zuteilungen mehr als den vollen Betrag: die Konkursdividende der Masse des A betrage z. B. 80% = Fr. 48,000.—, diejenige der Masse des B 60 % = Fr. 36.000.—: dann fällt der Ueberschuß nach Art. 216 II SchKG nach Maßgabe der Rückgriffsrechte an die zahlenden Massen zurück. Da nun in diesem Beispiel die Einlagen von A und B gleich groß sind, müssen die Massen des A und B je für Fr. 30,000.— aufkommen, erhalten also A Fr. 18,000.— und B Fr. 6.000.— zurück. Die Regreßrechte des A und des B gegen C bleiben vorbehalten.

Oder in einem dritten Beispiele zeigt sich folgende Rechtslage: In der G.m.b.H. „A und B" unterliegt A der Konkursbetreibung. Die Gesellschaft sowie A kommen in Konkurs. Die Einlage des A im Betrage von Fr. 50,000.— steht noch aus. Die Haftung in concreto beträgt Fr. 50,000.—. Von B, der seine eigene Einlage voll einbezahlt hatte, können nur Fr. 20,000.— erlangt werden. Gemäß Art. 217 SchKG werden die Gesellschaftsgläubiger im Konkurse des A doch mit Fr. 50.000.— kolloziert. Wenn nun die Gesellschaftsgläubiger nicht innert der Haftungsgrenze voll befriedigt werden, d. h. wenn der Konkurs des A weniger

als Fr. 30,000.— abwirft, kann B keine Regreßansprüche anmelden. Ergibt sich dagegen ein Ueberschuß, d. h. im Falle, wo die Konkursdividende des A z. B. 80% beträgt, sodaß auf die Forderung der Gesellschaftsgläubiger Fr. 40,000.— entfallen, so erhält der regreßberechtigte Gesellschafter B aus diesem Ueberschuß nach Art. 216 III SchKG den Betrag, den er bei selbständiger Geltendmachung seines Rückgriffsrechtes erhalten würde. In unserem Beispiele somit Fr. 40,000.— minus Fr. 30,000.— gleich Fr. 10,000.—.

Auf die gleiche Art führt man die Berechnung durch, wenn über einen insolventen Gesellschafter statt eines Konkursverfahrens ein Nachlaßverfahren eröffnet wird[1]).

Wie wir oben schon bemerkten, greift, wenn ein Gesellschafter in Konkurs gerät, die Haftungsbeschränkung für den Ausfall Platz.

§ 10. Der Begriff des Ausfalls und seine Geltendmachung im Besondern

Nach Art. 218 I Satz 1 SchKG können die Gesellschaftsgläubiger nur den ungedeckt gebliebenen Rest im Privatkonkurse geltend machen. Unter ungedeckt gebliebenem Rest wird der Ausfall verstanden. Ueber den Begriff des Ausfalls existieren drei verschiedene Ansichten:

Eine erste Gruppe betrachtet als Ausfall nur den nicht getilgten Rest der wirklich angemeldeten Forderung. Ohne Anmeldung keinen Ausfall[2]).

Eine zweite Gruppe[3]) versteht unter Ausfall denjenigen Betrag der Forderung des Gesellschaftsgläubigers, den dieser im Gesellschaftskonkurs nicht erhalten hat oder im Falle der Nichtanmeldung nicht hätte erhalten können. Der Gläubiger wird gezwungen, am Gesellschaftskonkurs sich zu beteiligen.

Die dritte Gruppe betrachtet endlich als Ausfall denjenigen Betrag der Forderung des Gesellschaftsgläubigers, den dieser gleichviel aus welchem Grunde t a t s ä c h l i c h

---

[1]) Jaeger C., Art. 216 SchKG N 2.

[2]) Hauptvertreter dieser Gruppe ist Schultze. Vgl. Gruchots, Beitrage zur Erläuterung des d. Rechtes, Bd. 31, S. 777.

[3]) Dies ist die herrschende Lehre Deutschlands. Vgl. Fick, S. 71.

nicht erhalten hat. Es ist nicht erforderlich, daß der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung im Gesellschaftskonkurse angemeldet hat. Hat er sie nicht angemeldet, so kann er sie in ihrem ganzen Umfange als Ausfall im Privatkonkurs geltend machen[1]).

Welche dieser drei Auffassungen unserem Rechte zu Grunde liegt, ist nirgends ausdrücklich im SchKG bestimmt. — Der Zweck der in Art. 218 I SchKG normierten Haftungsbeschränkung auf den Ausfall ist der Schutz der Privatgläubiger des Gesellschafters. — Der Art. 232 Ziff. 2 SchKG kennt nur ein Recht der Konkursgläubiger auf Anmeldung ihrer Forderungen und nicht eine Zahlungspflicht. Daraus läßt sich schließen, daß das SchKG zur dritten Gruppe zu rechnen ist. Somit ist der Ausfall oder der ungedeckt gebliebene Rest der Ansprüche derjenige Betrag der Forderung eines Gesellschaftsgläubigers, den dieser tatsächlich nicht erhalten hat. Dabei ist es rechtlich unerheblich, aus welchem Grunde dieser Anspruch nicht gedeckt wurde[2]). Der Gesellschaftsgläubiger ist demnach nicht gezwungen, seine Forderung im Gesellschaftskonkurse anzumelden. Verzichtet[3]) er auf Inanspruchnahme dieser Konkursmasse, so ist er berechtigt, seinen Anspruch unverkürzt im Privatkonkurse zur Geltung zu bringen.

Den Gesellschaftsgläubigern erwächst kein Schaden, ob

---

[1]) Jaeger C., Art. 218 N 5.

[2]) Blumenstein, S. 757; Jaeger C., Art. 232 N 20.

[3]) Moor, S. 136 unterscheidet bezüglich des Verzichtes zwei Fälle. Wenn der Privatkonkursverwalter die Verteilung vornimmt zu einer Zeit, wo die Anmeldung im Gesellschaftskonkurse noch möglich wäre, so wird er den Gesellschaftsgläubiger nur dann für seine volle Forderung berücksichtigen und ihm die entsprechende Summe aushändigen, wenn ihm dieser nachweist, daß er dem Konkursverwalter der Gesellschaft gegenüber ausdrücklich auf die Beteiligung am Firmakonkurs verzichtet habe. Wollte nämlich der Gesellschaftsgläubiger nach Empfang der erwähnten Dividenden nun doch noch im Firmakonkurs auftreten, so würde ihm die Konkursverwaltung die Verzichtserklärung entgegenhalten. — Wenn aber die Verteilung im Privatkonkurs erst stattfindet, nachdem der Gesellschaftskonkurs durchgeführt und eine Anmeldung darin nicht mehr möglich ist, so sind alle Gesellschaftsgläubiger ohne weiteres mit ihren vollen Forderungen zu berücksichtigen. — Nach Jaeger, Art. 232 N 20 ist es gleichgültig, ob der Ausfall verschuldet sei oder nicht.

im Gesellschaftskonkurse nur ein Teil oder alle Gesellschaftsschulden eingereicht wurden. — Angenommen, im Gesellschaftskonkurse beteiligen sich sämtliche Gesellschaftsgläubiger. Da die Gesellschafter solidarisch haften für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals, so haben alle Gesellschaftsgläubiger auf Grund ihrer solidarischen Haftbarkeit, d. h. wenn das Stammkapital nicht voll einbezahlt ist, das Recht auf Berücksichtigung im Privatkonkurse für den Betrag des ungedeckt gebliebenen Restes. Im Privatkonkurse erscheint demnach als Passivum neben den Forderungen der Privatgläubiger die Summe aller Ausfälle, d. h. die Differenz zwischen den Gesellschaftspassiven und den Gesellschaftsaktiven. Dem Gesellschaftsgläubiger ist es frei gestellt, auf die Geltendmachung seiner Ansprüche im Gesellschaftskonkurse aus irgend einem Grunde zu verzichten. Verzichtet er darauf, so fällt die Summe, die ihm sonst als Konkursdividende zugekommen wäre, den Dividenden der übrigen Gesellschaftsgläubiger zu. Dadurch werden deren Ausfallsforderungen im Privatkonkurse um den betreffenden Betrag kleiner. Wenn nun der Gesellschaftsgläubiger, der im Gesellschaftskonkurse nichts beansprucht hatte, im Privatkonkurse für seine ganze Forderung Berücksichtigung verlangt, so macht er allerdings hier mehr geltend, als er bei Beteiligung im Gesellschaftskonkurse hätte geltend machen können. Allein die Differenz entspricht genau dem Betrag, um den die Ausfallsforderungen aller übrigen Gesellschaftsgläubiger infolge seines Wegbleibens vom Gesellschaftskonkurse kleiner geworden sind. Die Aktivmasse des falliten Gesellschafters wird somit mit der gleichen Summe belastet, wie wenn alle Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurse konkurriert hätten mit der Differenz zwischen Aktiven und Passiven des Gesellschaftskonkurses. — Das gleiche Ergebnis würde sich zeigen, wenn noch andere Gesellschaftsgläubiger auf die Teilnahme am Gesellschaftskonkurse verzichten und dafür Berücksichtigung ihrer vollen Forderungen im Privatkonkurse verlangen würden, genau um den Betrag, um den bei der einen Seite die Passivmasse des Privatkonkurses anschwellen würde, würde auf der andern Seite der gegen das Privatvermögen geltend zu machende Ausfall der übrigen Gesellschaftsgläubiger abnehmen.

Die Privatgläubiger erleiden somit keinen Schaden; denn

die Differenz zwischen Gesellschaftspassiven und -aktiven ist in jedem Konkurs eine konstante Grösse[1]). Die Richtigkeit dieses Prinzipes beweist jedes beliebig gewählte Zahlenbeispiel:

Die G.m.b.H. „A und B" ist in Konkurs geraten. Mit dem Gesellschaftskonkurs ist zugleich auch über A der Konkurs ausgebrochen.

Gesellschaftsaktiven	Fr. 60,000.—
Gesellschaftspassiven	Fr. 120,000.—

Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger betragen:

Gesellschaftsgläubiger C	Fr. 20,000.—
Gesellschaftsgläubiger D	Fr. 40,000.—
Gesellschaftsgläubiger E	Fr. 60,000.—
Total der Gesellschaftsgläubigerforderungen	Fr. 120,000.—

Privatkonkurs des A:	Aktiven	Fr. 8,000.—
	Passiven	Fr. 40,000.—

1. Fall: Alle Gesellschaftsgläubiger d. h. C, D und E beteiligen sich am Gesellschaftskonkurse.

Konkursdividende des Gesellschaftsk.	$\frac{60{,}000}{120{,}000} = 50\,\%$
C erhält 50 % von Fr. 20,000.—	Fr. 10,000.—
D erhält 50 % von Fr. 40,000.—	Fr. 20,000.—
E erhält 50 % von Fr. 60,000.—	Fr. 30,000.—
Total	Fr. 60,000.—

Ausfall des C: 20,000 — 10,000	Fr. 10,000.—
Ausfall des D: 40,000 — 20,000	Fr. 20,000.—
Ausfall des E: 60,000 — 30,000	Fr. 30,000.—
Summe aller Ausfälle	Fr. 60,000.—

Konkursdividende im Privatkonkurs des A $\frac{8000}{40{,}000+60{,}000} = 8\,\%$

Im Privatkonkurs des Gesellschafters A erhalten:

C: 8 % von Fr. 10,000.—	Fr. 800.—
D: 8 % von Fr. 20,000.—	Fr. 1,600.—
E: 8 % von Fr. 30,000.—	Fr. 2,400.—
Die Privatgläubiger des A 8 % von 40,000	Fr. 3,200.—
Total	Fr. 8 000.—

[1]) Hagmann S. 35.

Die Gesellschaftsgläubiger erhalten somit insgesamt:

C: 10,000 plus 800	Fr. 10,800.—
D: 20,000 plus 1,600	Fr. 21,600.—
E: 30,000 plus 2,400	Fr. 32,400.—
Die Gesellschaftsgläubiger erhalten somit	Fr. 64,800.—

2. Fall: Der Gesellschaftsgläubiger C beteiligt sich nicht am Gesellschaftskonkurs:

Konkursdividende des Gesellschaftsk. $\frac{60{,}000}{40{,}000+60{,}000} = 60\%$

Im Gesellschaftskonkurse erhalten:

D: 60 % von 40,000	Fr. 24,000.—
E: 60 % von 60,000	Fr. 36,000.—
Total	Fr. 60,000.—

Ausfall des C: 20,000 — 0	Fr. 20,000.—
Ausfall des D: 40,000 — 24,000	Fr. 16,000.—
Ausfall des E: 60,000 — 36,000	Fr. 24,000.—
Summe aller Ausfälle	Fr. 60,000.—

Konkursdividende im Privatk. des A $\frac{8{,}000}{40{,}000+60{,}000} = 8\%$

Im Privatkonkurse des Gesellschafters A erhielten:

C: 8 % von Fr. 20,000.—	Fr. 1,600.—
D: 8 % von Fr. 16,000.—	Fr. 1,280.—
E: 8 % von Fr. 24,000.—	Fr. 1,920.—
Die Privatgläubiger des A 8 % von 40,000.—	Fr. 3,200.—
Total	Fr. 8,000.—

Die Gesellschaftsgläubiger erhalten somit insgesamt:

C: 0 plus 1,600	Fr. 1,600.—
D: 24,000 plus 1,280	Fr. 25,280.—
E: 36,000 plus 1,920	Fr. 37,920.—
Die Gesellschaftsgläubiger erhalten somit	Fr. 64,000.—

Aus diesem Beispiel erhellt, daß die Rechtslage für die Privatgläubiger, wie schon oben ausgeführt, in beiden Fällen die gleiche bleibt, ob der Gesellschaftsgläubiger seine volle Forderung oder nur den im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall geltend macht. In beiden Fällen erhalten die Privatgläubiger nämlich Fr. 3,200.—. Anderseits erwächst aber jenem Gesellschaftsgläubiger, der seine Forderung im Gesellschaftskonkurse nicht geltend macht, ein großer Schaden. Darum wird in der Regel kein Gesellschaftsgläu-

biger auf den Gesellschaftskonkurs verzichten, ohne der Gläubiger ist unter Umständen gezwungen, weil er unbedingt rasch Geld haben muß, das er, wenn der Gesellschaftskonkurs langwierig zu werden droht, eher im Privatkonkurse erhalten kann[1]).

Die Geltendmachung des Ausfalls ist bedingt, nicht aber der Anspruch als solcher[2]). Die Bedingung ist erfüllt mit der Feststellung des Ausfalls. Prozeßrechtlich handelt es sich um eine Leistungsklage, wenn der Ausfall während des Feststellungsstreites ermittelt wird.

Konkursrechtlich ergeben sich verschiedene Möglichkeiten, je nach dem der Ausfall schon festgestellt ist. Ist die Dividende des Gesellschaftskonkurses festgestellt bevor der Privatkonkurs ausbricht, kann der Gesellschaftsgläubiger nur den bereits festgestellten Ausfall noch geltend machen. Kommt der Gesellschafter vor Ermittlung des Ausfalles in Konkurs, so muß der Gesellschaftsgläubiger die ganze Forderung anmelden können[3]). — Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Gesellschaftskonkurs nichts abwirft; in diesem Falle kommt die ganze Forderung als Ausfall in Betracht[4]). Nach Jaeger[5]) ist die ganze Forderung in vollem Umfange zu kollozieren jedoch mit dem Vorbehalte der Reduktion nach Feststellung des auf sie aus dem Gesellschaftskonkurs entfallenden Anteils. Wenn die Verteilung im Privatkonkurse vor derjenigen des Gesellschaftskonkurses stattfindet, so ist nach Art. 264 III SchKG zu verfahren, d. h. die den Forderungen zukommenden Anteile werden bei der Depositenanstalt hinterlegt. Die Verteilung an die Privatgläubiger kann vorgenommen werden, während die Dividenden für die Gesellschaftsgläubiger nach dem vollen Betrage der Gesellschaftsschuld berechnet und ausgeschieden werden. Diese werden bis nach Feststellung des Ausfalls im Gesellschaftskonkurs zurückbehalten. Ergibt sich nach Auszahlung des auf den Ausfall kommenden Anteils ein Ueberschuß, so wird dieser in einer nachträglichen Liquidation nach Art. 269 II SchKG auf Grund der Rangordnung an die Privat- und

---

[1]) Jaeger E., § 212 N 9.

[2]) Jaeger E., S. 123 ff.

[3]) Vgl. Bucher, S. 91; Hagmann, S. 38.

[4]) Jaeger C., Art. 218 N 5.

[5]) Jaeger C., Art. 218 N 5.

Gesellschaftsgläubiger verteilt. — Wird nach Beendigung des Gesellschafts- als auch des Privatkonkurses noch Gesellschaftsvermögen entdeckt, so muß dieses sowohl den Privat- wie den Gesellschaftsgläubigern verteilt werden, denn wäre das nachträglich entdeckte Vermögen zu den Gesellschaftsaktiven gezogen worden, so hätte das den Ausfall der Gesellschaftsgläubiger um diesen Betrag verringert und damit die Dividende der Privatgläubiger ebenso erhöht[1]).

Beispiel: Bei der G.m.b.H. „A und B" sind die Gesellschaft und zugleich auch A im Konkurs. Der Ausfall im Gesellschaftskonkurs kann noch nicht festgestellt werden.

Im Privatkonkurse des A betragen:

Aktiven	Fr. 20,000.—
Passiven: Privatschulden	Fr. 30,000.—
Gesellschaftsgläubiger	Fr. 50,000.—

Konkursdividende im Privatkonkurse $\frac{20{,}000}{30{,}000+50{,}000} = 25\ \%$

Für die Gesellschaftsgläubiger werden 25% von Fr. 50,000.— =Fr. 12,500.— hinterlegt (Art. 264 III SchKG).

Gesellschaftsaktiven	Fr. 40,000.—
Gesellschaftspassiven	Fr. 50,000.—
Ausfall	Fr. 10,000.—

Von den ausgeschiedenen und hinterlegten Fr. 12,500.— erhalten nun die Gesellschaftsgläubiger die Dividende ihres Ausfallsbetrages: 25% von Fr. 10,000 = Fr. 2,500.—; Der Rest von Fr. 10,000.— wird folgendermaßen liquidiert:

Aktiven der Liquidation	Fr. 10,000.—
Passiven: Gesellschaftsgläubiger	Fr. 10,000.—
Privatgläubiger	Fr. 30,000.—

Liquidationsdividende $\frac{10{,}000}{10{,}000+30{,}000} = 25\ \%$

Es erhalten:

Privatgläubiger 25 % von Fr. 30,000.—	Fr. 7,500.—
Gesellschaftsgläubiger 25 % von Fr. 10,000.—	Fr. 2,500.—

Insgesamt erhalten die:[2])

Privatgläubiger: 7,500 (P) plus 7,500 (L)	Fr. 15,000.—
Gesellschaftsgläubiger: 2,500 (P) plus 2,500 (L) plus 40,000 (G)	Fr. 45,000.—

---

[1]) Vgl. Moor, S. 137.

[2]) Wegen Platzmangel folgende Abkürzungen: P (Privatkonkurs); L (Anteil aus Liquidation); G (Gesellschaftskonkurs).

Angenommen, daß nachträglich noch Vermögensstücke der G.m.b.H. im Werte von Fr. 5,000.— entdeckt werden, die nicht im Gesellschaftskonkurse berücksichtigt wurden, so sind die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurse um Fr. 5000.— zu hoch kolloziert worden. Der Ausfall der Gesellschaftsgläubiger beträgt somit nicht Fr. 10,000.—, sondern Fr. 5000.—. Die Dividende für die Privatgläubiger wird somit etwas höher. Während sie oben[1]) 50 % betrug $\frac{20{,}000}{30{,}000+10{,}000}$; ergibt sich durch die Entdeckung dieser Fr. 5,000.— eine Konkursdividende für die Privatgläubiger $\frac{20{,}000}{30{,}000+5{,}000} = 57{,}14$ %.

Hieraus resultiert eine Differenz von 7,14 %. Anstatt Fr. 15,000.— erhielten somit die Privatgläubiger Fr. 17,143.60 d. h. 2143.60 mehr. Auf dieses Mehr haben sie Anspruch. — Denn, wären die nachträglich entdeckten Fr. 5,000.— schon bei der Gesellschaftsgläubigerforderung im Privatkonkurs berücksichtigt gewesen, so hätte die Konkursdividende anstatt 25 % gleich 26,67 % betragen. In Bezug auf die Art der Geltendmachung können Zweifel auftauchen. Es sind zwei verschiedene Wege denkbar: entweder wird der Anspruch direkt gegen die Gesellschaftsmasse geltend gemacht; die den Privatgläubigern gebührende Summe (Fr. 2,143.60) aus dem entdeckten Gesellschaftsvermögen (Fr. 5,000.—) vorweggenommen und unter die Privatgläubiger verteilt oder aber das entdeckte Gesellschaftsvermögen (Fr. 5,000.—) fällt zunächst den Gesellschaftsgläubigern zu; von diesen wird dann der Betrag gefordert, um den sie ungerechtfertigt bereichert wurden. Die erste Möglichkeit scheidet aus, weil sie mit den zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnissen in Widerspruch steht; der Anspruch der Privatgläubiger richtet sich nicht gegen die Gesellschaftsmasse, sondern gegen die Gesellschaftsgläubiger. Denn nicht die Gesellschaftskonkursmasse, sondern die Gesellschaftsgläubiger haben aus dem Privatkonkurse zu viel erhalten. Der Bereicherungsanspruch richtet sich somit gegen die einzelnen Gesellschafter[2])

Ist der Gesellschaftsgläubiger teilweise oder ganz durch einen aufrecht stehenden Gesellschafter befriedigt worden,

---

[1]) Vgl. oben S. 192.

[2]) Vgl. oben S. 168.

ergeben sich wieder Verschiedenheiten bezüglich der Ansprüche des Gesellschaftsgläubigers als auch bezüglich der Regreßansprüche des zahlenden, nicht falliten Gesellschafters. — Ist ein teilweise befriedigter Gesellschaftsgläubiger berechtigt, im Privatkonkurse den ganzen Ausfall oder nur den Restbetrag geltend zu machen? — Hat jener Gesellschafter, der den Gesellschaftsgläubiger teilweise befriedigte, ein Rückgriffsrecht? —

Nach Art. 217 SchKG kann im Konkurse des Gemeinschuldners die Forderung für den ganzen, im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfall eingereicht werden, wobei die Rückgriffsberechtigung des Mitverpflichteten gegen den Gesellschafter keinen Einfluß ausübt. Das Recht zur Forderungseingabe steht nicht nur dem Gläubiger, sondern auch dem Gesellschafter zu, der die Schuld teilweise getilgt hat. Der regreßberechtigte Mitverpflichtete erhält aus dem Ueberschuß den Betrag, den er bei selbständiger Geltendmachung des Regreßanspruches erhalten würde. Wenn der Gesellschaftsgläubiger trotz Teilbefriedigung die ganze Forderung im Privatkonkurse geltend macht, kann nicht auch noch der Regreßberechtigte im Privatkonkurse berücksichtigt werden, weil nach dem Grundsatz ein und dieselbe Schuld — und als solche stellen sich die Ansprüche des Gesellschaftsgläubigers und des regreßberechtigten Gesellschafters dem Gemeinschuldner gegenüber dar — ein und dasselbe Vermögen nur einmal treffen darf[1]). Die Forderungen des Gesellschaftsgläubigers und des regreßberechtigten Gesellschafters stehen zueinander in einem Eventualverhältnis[2]). Der zahlende Gesellschafter hat ja die Möglichkeit, seine nicht befriedigte Regreßforderung außerhalb des Konkurses geltend zu machen.

Nach Kohler[3]) ist beim Vorgehen eines Gläubigers gegen einen Solidarschuldner (Gesellschafter) das prozessuale vom zivilistischen Prinzip zu unterscheiden. — Nach dem prozessualen[4]) oder konkursrechtlichen Prinzip kann die ganze Forderung angemeldet werden, trotzdem durch eine gleichzeitige Exekution in das Vermögen des Mitschuldners oder

---

[1]) Jaeger E., S. 160; vgl. BGE 25 II 115; ZbJV 43, S. 507.

[2]) Jaeger E., S. 160.

[3]) Kohler, Lehrbuch, S. 350.

[4]) Deutsche und österreichische Konkursordnung.

durch freiwillige Zahlung ein Teil der Forderung erfüllt wird. Der Gläubiger kann für ein und dieselbe Forderung zwei oder mehrere Male exequieren lassen, soweit bis er eine einmalige volle Zahlung erhalten hat. — Nach dem zivilistischen Prinzip darf hingegen ein Gläubiger nicht zweimal Bezahlung erhalten.

Das schweizerische Recht legt dem keine Bedeutung bei. Art. 217 SchKG bestimmt, daß eine Teilzahlung seitens eines aufrechtstehenden oder falliten Gesellschafters die volle Ausfallsexekution gegen den andern nicht hindert, auch wenn erstere vor Beginn der Exekution erfolgt ist.

In den folgenden Zahlenbeispielen wird die Rechtslage speziell der Regreßberechtigten berücksichtigt. Von der Teilnahme am Konkurs ist der Teilzahler ausgeschlossen (Art. 217 SchKG). In erster Linie wird der Gläubiger, der die ganze Ausfallsforderung angemeldet hat, befriedigt. Wenn von der Gläubigerdividende noch etwas übrig bleibt, so hat der Teilzahler nur dann etwas zu beanspruchen, sofern er über seinen Verlustanteil hinaus geleistet hat. Nur in diesem Falle kann er die seinem Regreßrecht entsprechende Dividende fordern[1]).

Die G.m.b.H. „A und B" fällt in Konkurs, ebenso der Gesellschafter A.

Aktiven der Gesellschaft	Fr. 50,000.—
Passiven der Gesellschaft	Fr. 100,000.—

Konkursdividende im Gesellschaftskonkurs $\frac{50{,}000}{100{,}000} = 50\ \%$

Der Ausfall der Gesellschaftsgläubiger beträgt Fr. 50,000.—

Konkurs des Gesellschafters A:

Aktiven	Fr. 10,000.—
Passiven: Privatgläubiger	Fr. 20,000.—
Gesellschaftsgläubiger	Fr. 50,000.—

Dividende im Privatkonkurs des A $\frac{10{,}000}{20{,}000+50{,}000} = 14{,}285\ \%$

Es erhalten aus beiden Konkursen insgesamt:

Privatgläubiger: 14,285% v. 20,000	Fr. 2,857.—
Gesellschaftsgläubiger: 14,285% von 50,000 = 7,142.50 + 50,000	Fr. 57,142.50

[1]) Vgl. Beispiele oben.

1. Fall: B leistet an die Gesellschaftsgläubiger eine Teilzahlung von Fr. 20,000.—.

Somit erhalten die Gesellschaftsgläubiger:

aus dem Gesellschaftskonkurse	Fr. 50,000.—
aus dem Privatkonkurse	Fr. 7,142.50
durch Teilzahlung von B	Fr. 20,000.—
Total	Fr. 77,142.50

Weder der Teilzahler B noch die Konkursmasse des A können ein Regreßrecht geltend machen.

2. Fall: B leistet an Stelle der Teilzahlung von Fr. 20,000.— eine solche von Fr. 50,000.—.

Die Gesellschaftsgläubiger erhalten gegenüber dem 1. Fall um Fr. 30,000.— mehr = Fr. 107,142.50.

Da die Gesellschaftsgläubiger voll befriedigt sind, können die Regreßansprüche geltend gemacht werden. B kann nicht allein die Fr. 7,142.50 für sich beanspruchen. — Weil B in obigem Falle nur Fr. 25,000.— über seinen Verlustanteil hinaus bezahlt hat, erhält er nur die Konkursdividende aus dem Privatkonkurse davon: 14,285 % von Fr. 25,000.— = Fr. 3,572.50. Der Rest des Ueberschusses, d. h. Fr. 3,570.— fällt an die Masse des A zurück und wird unter die unbefriedigt gebliebenen Privatgläubiger verteilt, wobei aber B nichts mehr erhält.

Der Art. 217 SchKG nimmt nicht Rücksicht auf den Zeitpunkt der teilweisen Befriedigung. Ob sie vor oder nach der Konkurseröffnung stattgefunden hat, ist belanglos. Erforderlich ist aber, daß die Befriedigungssumme aus dem Vermögen des Mitverpflichteten zu geschehen hat, sei es durch Zahlung, Verrechnung oder Novation[1]).

Die einmal angemeldete Forderung bleibt in vollem Betrage bestehen, auch wenn der Gläubiger von einem Gesellschafter[2]) nach der Konkurseröffnung ganz befriedigt wird. An Stelle des Gläubigers tritt derjenige Gesellschafter, der den Gläubiger voll befriedigte (Art. 149 I OR). Dieser braucht in dem erwähnten Falle seine Rückgriffsforderung nicht einzugeben[3]). Wird aber der Gläubiger vor Konkurseröffnung ganz befriedigt, so muß die Rückgriffsforderung

---

[1]) Jaeger C., Art. 217 N 3.

[2]) Auch ein Dritter.

[3]) Jaeger C., Art. 217 N 3.

vom Rückgriffsberechtigten-Gesellschafter selbständig angemeldet werden[1]). Der zahlende Gesellschafter kann, wenn er den Verlust nicht allein zu tragen hat, gegen die Gesellschafter Regreß nehmen. Der Regreß richtet sich nach Art. 148 I OR. — Die in Konkurs geratenen Gesellschafter ihrerseits sind aber im Verhältnis zu ihren regreßnehmenden Mitgesellschaftern keine Mitverpflichteten im Sinne des Art. 216 und 217 SchKG[2]). — Was aber bei Ausübung des Regreßrechtes von einem Gesellschafter nicht erhältlich ist, haben die übrigen Mitschuldner anteilweise zu tragen. Nach Art. 149 OR rückt er in die Stellung eines Gläubigers. Er hat nur Anspruch auf Zuteilung einer Dividende bis zum Betrage der effektiven Forderung.

§ 11. Zusammenfallen des Gesellschaftskonkurses mit mehreren Privatkonkursen

Wenn neben der G.m.b.H. gleichzeitig mehrere Gesellschafter in Konkurs sind, kommen die Art. 216/18 SchKG zur Anwendung. Die Gesellschaftsgläubiger können in jedem Privatkonkurse den im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall in vollem Betrage geltend machen, denn die Gesellschafter sind Mitverpflichtete, d. h. Solidarschuldner im Sinne des Art. 216 SchKG. Jeder Einzelschuld entspricht eine selbständige Forderung des Gläubigers auf das Ganze. Deshalb kann der Gesellschaftsgläubiger die Leistung nach Belieben von jedem Schuldner ganz oder zum Teil fordern (Art. 144 II OR). Der Art. 216 I SchKG ist somit lediglich die logisch konkursrechtliche Auswirkung des Art. 144 OR[3]).

Wenn einer der falliten Gesellschafter vor seiner eigenen Konkurseröffnung einen Gesellschaftsgläubiger teilweise befriedigt, so kann dieser im Konkurs des Gesellschafters, der ihn durch Teilzahlung teilweise befriedigte, nur noch die Restforderung geltend machen. Im Konkurse der andern falliten Gesellschafter, die keine Teilzahlung leisteten, muß der Gesellschaftsgläubiger aber nach Art. 216 i. Verb. m. Art. 217 SchKG mit dem ganzen ursprünglichen Betrage berücksichtigt werden.

---

[1]) Jaeger C., Art. 218 N 6.

[2]) Vgl. BGE 45 III 107.

[3]) Vgl Jaeger C., Art. 216 N 1.

Uebersteigen die Zuteilungen aus den verschiedenen Konkursmassen den Betrag der ganzen ursprünglichen Forderung, so fällt der Ueberschuß nach der unter den Mitverpflichteten bestehenden Rückgriffsrechte an die Massen zurück (Art. 216 II SchKG).

In der G.m.b.H. „A, B, C und D" ist einzig der Gesellschafter A noch aufrecht, während die Gesellschafter B, C und D in Konkurs sind. Die konkursiten Gesellschafter schulden dem A noch Fr. 50,000.—. Im Innenverhältnis gegenüber A haben die Gesellschafter B: 20 %, C: 30 % und D: 50 % auf sich zu nehmen.

1. Fall:	Die Konkursdividende des B beträgt:	10 %
	Die Konkursdividende des C beträgt:	30 %
	Die Konkursdividende des D beträgt:	70 %
	Total:	110 %

Der Gesellschafter A wird somit voll befriedigt. Die restlichen 10 % fallen an die Masse des D zurück, weil die Massen des B und des C nicht über den nötigen Verlustanteil geleistet haben.

2. Fall:	Die Konkursdividende des B beträgt:	10 %
	Die Konkursdividende des C beträgt:	35 %
	Die Konkursdividende des D beträgt:	65 %
	Total:	110 %

In diesem Falle sind für die Verteilung des Ueberschusses von 10 % zwei Lösungen möglich, indem der Ueberschuß im Verhältnis von 5:15 = 1:3 (C 2,5%, D 7,5%) verteilt wird, oder der ganze Ueberschuß dem D zugeteilt wird, weil dann C und D gemeinsam einen Verlust von je 5 % tragen. Die letztere Lösung scheint gerechter zu sein.

Am zweckmäßigsten geschieht die Verteilung des Ueberschusses dadurch, daß sich die Konkursverwaltungen der Gesellschaftermassen verständigen und einen allfälligen Ueberschuß überhaupt nicht an die Gläubiger auszahlen[1]). Haben die Gläubiger zu viel erhalten, so haben die Konkursmassen resp. die Gesellschafter die Möglichkeit, ihr persönliches Rückforderungsrecht durch die Bereicherungsklage nach Art. 62 OR geltend zu machen.

---

[1]) Vgl. Jaeger C., Art. Art. 216 N 5.

Schlußbetrachtung

Vor und seit der Aufnahme der G.m.b.H. in das schweizerische Recht entstanden zahlreiche und verschiedene Arbeiten über diese neue Gesellschaftsform.

Wie wir einleitend anführten, bezweckt diese Arbeit nicht bloß die Untersuchung und Behandlung der konkursrechtlichen Fragen der G.m.b.H. — Durch die bewußte Tendenz, diese neue Gesellschaftsform der G.m.b.H. sowohl dem Juristen als dem Geschäftsmanne im Zusammenhange mit den spezifisch konkursrechtlichen Problemen bekannter zu machen, geht diese Arbeit über den im Titel bezeichneten Gegenstand hinaus.

Wir haben in den verschiedenen Kapiteln gesehen, daß der schweizerische Gesetzgeber durch eine kluge Synthese von Kollektivgesellschaft und Aktiengesellschaft diese unseren Rechtsverhältnissen passende, neue Gesellschaftsform geschaffen und eingeführt hat. Daraus resultiert, daß die schweizerische G.m.b.H. kein fremdes Rechtsgebilde ist. — So lassen sich trotz der Novität der G.m.b.H. in der schweizerischen Gesetzgebung die Fragen der Zwangsvollstreckung, mangels einer besonderen VO, nach den Vorschriften des SchKG befriedigend lösen.

Sachregister

(Die Zahlen verweisen auf die Seite)

A

Abberufungsrecht 86
Aberkennungsklage 42, 43
Abkürzungen 15
Abschreibungskonti 66
Abstraktionstheorie 27
Abtretung
des Gesellschaftsanteils 134
Actio de in rem verso 150
Aktivenbewertung 65, 124
— posten 124, 146
— im Privatkonkurs 144
Aktivmasse 72, 157, 168
Anfechtbare G.m.b.H. 39
Anfechtungsansprüche 120, 144
Anfechtungsklage 68, 80, 120
Ansprüche
— auf Ausgleich 152
— auf Schadenersatz 80, 114, 120 149, 151, 152
— der Gesellschaftsgläubiger 107, 118, 134
— der Gesellschaft 107, 113, 130, 134
— erbrechtliche 114, 158
— Gewinn 109, 114, 158, 159
Anteilbuch 25
Antragsrechte 71, 77
— pflicht 78, 79
Anpassung an d. neue Recht 20
Appellation 81
Arrest 68
— aufhebungsgründe 153
— aufhebungsklage 153
— nahme 153
— verfahren 153
Attraktivkraft des Konkurses 48
Aufenthalt 54
Aufgabe der These 17
Auflösung der G.m.b.H. 34, 35, 125, 139, 146
— sbeschluß 35, 36
Aufnahme eines Güterverzeichnisses 67
Außenverhältnis 29
Ausfall 115, 133, 147, 159, 161, 162, 164, 167, 168, 170, 171, 173
Ausgeschiedene Gesellschafter 105, 108, 115, 132
Ausgleichungsansprüche 96, 137, 147, 152
Auskunftserteilung 87
Aussonderung 152, 159
— sanspruch 159

B

Bauzinsen 31, 74, 103, 145
Bedeutung der G.m.b.H. (wirtschaftl.) 18, 141
Beendigung des Konkurses 137, 151, 168
Begriff von gleichzeitigem Konkurs 147
— des Ausfalls 162
Beispiele 70, 111, 115, 149, 160, 161, 165, 166, 168, 171, 172, 174
Beistand 33
Benachteiligung der Gläubiger 55
Bereicherungsanspruch 169
— klage 174
Berufungsrecht 82
Beschwerde 32, 81, 89
Beteiligte beim Konkurs 84 ff.
Betreibung (ordentliche) 142
Betreibungsamt 42, 144
— begehren 42

— fähigkeit 38
Betreibung für Steuern 56
Betreibungsort 44, 51, 143
Betriebseinstellung 35
Betrügerische Handlungen 55
Bewertungsarten 64
Bewertung der Sacheinlage 130
Bilanz 58, 62, 63, 126
— typen 63
— vorschriften 73, 82
Bürgschaft 108, 141

C

Check 42, 52

D

Deckungspflicht (subsidiäre) 30
Deliktspauliana 121
Delkrederefonds 66
Dienstvertrag 114, 125
Dingl. Rechtsbeziehungen 28, 158
Domizilverlegung 55, 153
Drittorganschaft 29
Durchführung des Konkurses 84
Dynamisches Recht 19

E

Ehefrau 114
Eigentumsübertragung 123
Einforderungsbeschluß 69, 150
Einlage 69, 98, 106, 121, 122, 123, 125, 149
Einleitungsverfahren 42, 59, 67, 72, 142
Einmanngesellschaft 97
Einstellung des Verfahrens 138
Eintrag 35, 40
Einwerfungspflicht 69, 118
Einzahlungspflicht 111, 112
Entwicklung der G.m.b.H. 18
Erfolgsermittlungsbilanz 63, 124
Ermittlungsverfahren 81
Erneuerungsfonds 66, 127
Eröffnungsantrag d. Gläubigers 80
— der G.m.b.H. 81
Ersatzansprüche 74, 129, 130, 134
Exekutionsfähige Vermögen 144

F

Fabrikgeheimnisse 65
Familienausgleichskasse 66, 99
Familien-Gesellschaft 23, 117
Filiale 45, 157
Folgen des Konkursantrages 81
— der Verletzung der Antragspflicht 79
Forderungen pfandversicherte 43
Forderungsrechte 47, 99, 100, 155, 170
Formelle Konkursgründe 42 ff.
Frauengut 114, 148
Fürsorgekassen 66, 99

G

Gebrannte Wasser 43
Geltendmachung des Ausfalls 162
Gemeinschuldnerin 74, 84
Generalexekution 34, 45
Genossenschaftskonkurs 47, 120
— Nachlaßvertrag 59
Genossenschaftstheorie 26
Genußscheininhaber 108
Gerichtsstand 42, 44, 45
Gesamteigentum 28, 117, 156
Gesamthandverhältnis 26, 118, 148, 149
Gesellschaftsanteile 24, 109 128, 134
Gesellschaft 112, 129, 134, 151
Gesellschafter 72, 97, 128, 144
Gesellschafter-Geschäftsführer 34, 52, 141
Gesellschafterhaftung 154
Gesellschafterversammlung 33, 36, 61, 75, 76, 95, 96
— sbeschluß 69, 76, 108
Gesellschaftsgläubiger 116, 148, 154, 155, 159, 166
Gesellschaftsvermögen 33, 72, 99, 121, 124, 127, 135, 145, 156

Gesellschaftsvertrag 33
— zweck 35, 84
Geschäftsführung 25, 33, 36, 60, 62, 75, 76, 85, 86, 87, 89, 91, 92, 148
— sbefugnis 60, 152
Geschäftsgläubiger 114
Geschäftssitz 44, 45
Gewinnansprüche 100, 145, 159
Gewinnrücklagen 99, 116, 125, 152
Gläubigerausschuß 68
— befriedigung 69
— eigenschaft 53, 96
— gemeinschaft 118, 119
— rechte 72, 98, 160
— schutz 64
— versammlung 68, 91, 136, 139
Gleichzeitigkeit 154, 156, 157, 170
Grundsatz der Trennung von Gesellschafts- und Privatkonkurs 155
Gründung 61, 122, 130
Grundstückübertragung 157
Güterverzeichnis 67
Gutgläubigkeit 116, 131

H

Haftung, persönliche 24, 26, 29, 80, 119, 151
— gegenständl.-beschränkt 30, 69
— in concreto 70, 90, 148, 160, 161
— quantitativ beschränkt 30
— wechselmäßige 52
Haftungsbeschränkung 30, 31, 159, 162, 163
— grenze 29, 62, 69, 116, 118, 148, 151, 153, 156
— summe 90, 102, 105, 115
Handelsamtsblatt, schweiz. 37
Handelsregistereintrag 31
Handlungen, betrügerische 55
Handlungsfähigkeit 33
Hauptniederlassung 45
Hauptsitz im Ausland 50
— in der Schweiz 46
Heilungstheorie 40
Herabsetzung 101, 103
— sbeschluß 101
— der Einlage 107
Honorar 74, 100, 101, 125, 144, 145

I

Jahresbilanz 62, 66, 76, 135
Identitätstheorie 35
Individualinteresse 28, 29
Individualistische G.m.b.H. 67, 113, 117
Indossant 52
Inhaltsübersicht 5
In Liquidation 34
Insolvenz 53
— erklärung 59, 61
Insuffizienz 53
Inventaraufnahme 63, 137

K

Kapitaldeckungspflicht 30, 133
— herabsetzung 73
— vereinigung 27
Klagelegitimation 33, 136
Kollektivistische G.m.b.H. 113, 117
Kollektivvertretung 79
Kollektivzeichnung 61
Kollokationsklage 90, 103, 149
— plan 68, 89, 167, 168
separate 103, 115
Kompetenz der Gesellschafterversammlung 61, 126
Kompetenzstücke 92
Konkursandrohung 67, 68
— antrag 79, 80, 81
— beendigung 137, 168
— begehren 53, 59, 68, 81, 144
— betreibung (ordentl) 42, 44, 59, 67, 142
— beteiligte 84

— dividende 154, 161, 167, 168, 173, 174
— eines Gesellschafters 141
— einheit 46, 49
— erkenntnis 49, 71, 82
— eröffnung 41, 47, 67, 83, 84
ohne vorg. Betreibung 54, 144
— fähigkeit 32, 43, 142
der Gesellschafter-Geschäftsführer 38
— gläubiger 96
— gründe 41, 42, 53, 142
— masse 46, 66, 110, 119, 121, 124, 127, 149, 150, 161, 174
— ort 45, 51
— verfahren 41, 46, 48, 49, 67
— verlust 70, 90, 149
— verwaltung 67, 68, 84, 88, 91, 94, 116, 118, 121, 130, 149, 152, 160, 163
— verzicht 138
— widerruf 138, 152
Konstitutive Wirkung 38, 39
Kontrollstelle 33, 77, 94
Korrespondenzbeschlag 92
Kostenpreis 65
Kridar 48

L

Leistungsklage 167
Liberationsansprüche 150
Liquidation 34, 36, 66, 167
Liquidationsanteil 144, 145, 146
— bilanz 64, 76
— dividende 168
— ergebnis 99, 108
— guthaben 76, 106, 146
— stadium 35, 36
— verfahren 37, 79
Liquidator 36, 92
Literaturverzeichnis 11
Löschung 36, 38, 42
— ungerechtfertigte 37
Lohnansprüche 113

M

Masse 121, 157, 158
— verbindlichkeiten 147
Materielle Konkursgründe 32, 53
Mehrheit v. Privatkonkursen 154
Mehrheit, qualifizierte 35
Mitgliedschaftsrecht 72, 73, 97, 100, 103, 125, 128, 153
— vererbung 106
Mit Mängel behaft. G.m.b.H. 39
Mittelbare Schaden 112

N

Nachlaßbegehren 152
— schulden 153
— vertragsverfahren 154, 155, 162
Nachlaßvertrag 72, 81, 91 137, 138, 139, 152
— widerruf 59
Nachliquidation 38
Nachschüsse 129
Nachschußpflicht 30, 78, 120, 128
Nebenleistungen 119, 128, 129
Nebenleistungsverhältnis 128
Nichteingetragene G.m.b.H. 44
Nichtige G.m.b.H. 39
Nichtigkeitsklage 40
Normativvorschriften 39
Nutzniesser 117

O

Oechelhäuser 24
Ordentl. Konkursbetreibung 42
Organe der G.m.b.H. 33, 37
Ordre puplic 51

P

Parteifähigkeit 33
Passivenbewertung 66
— im Privatkonkurs 147, 159, 168
— ungedeckte 37
Passivmasse 157, 158, 159, 168
— posten 66, 127, 146

Patentrechte 158
Personalarrest 153
Personenverbindung 33, 118
Pfandgläubiger 72, 97, 109, 110
Pfandversicherte Forderungen 43, 107, 109, 117
Pfandverwertung 56
Pfändung 34 45, 56
Pflichten der Geschäftsführung 62, 87
Präventiv-Revision 77
Primäre Schaden 130
Promemoriaposten 66
Prozessuales Prinzip 170

R

Rangordnung 167
Realitätstheorie 28, 39
Rechte der Geschäftsführung 89
Rechtsangleichung 19
— fähigkeit 33
Rechtliche Struktur 23, 31
Rechtsöffnung, provisorische 52
Rechtsöffnungsverfahren 42
Rechtspersönlichkeit 32, 33, 40
— subjektivität 26, 40
— theorie 26
— vorschlag 144
Registerbehörde 32
— eintrag 35
Regreß 150, 160, 162, 171, 173
— ansprüche 37, 170
Reingewinn 108, 126, 127, 145
Reservefonds 66, 99, 106, 126
Reserven 65, 99, 126
Richter 71
Rückerstattungsanspruch 116
— forderungsanspruch 116, 174
Rückgriffsansprüche 107, 160, 161, 170, 172
— rechte 82, 150, 151, 160
Rücklagen 126
Rückleistungen 30, 116, 135, 138, 152
Rückzahlungen 30, 31, 138, 152
Rückzahlungsquote 101

S

Sacheinlagen 22, 122, 123, 130, 137
Saläransprüche 113
Schaden, primäre 130, 136
Schaden, sekundäre 129, 136
Schadenansprüche 110, 120, 152
Schadenersatzgläubiger 110, 111
— klage 80, 95, 110, 137, 152
— pflicht 110, 119
Schlußbetrachtung 175
— erkenntnis 138, 140
— rechnung 92
— verfahren 70
Schutz der Gläubiger 64
Sekundäre Schaden 129
Selbstorganschaft 29
Simultangründung 38
Singularsukzession 74
Sitz im Ausland 48
— in der Schweiz 46
Solidarhaft 30, 62, 70, 80, 151, 164, 170, 173
Sondergläubiger 147
Sonderrechte 149
Spezialexekution 34
Spezialfälle der Konkursfähigkeit 34—39
Stammeinlage 25, 31, 69, 72, 97, 98, 102, 122, 160
Stammkapital 20, 27, 46, 62, 69, 73, 98, 99, 101, 118, 121, 124, 149, 157, 160
Statistische Angaben 20, 21
Statutenänderung 25, 33, 73, 96, 101
Statutenbestimmung 26, 36, 108, 109, 117, 120, 126, 145
Strafverfahren 55
Stempelabgaben 32
Steuerbilanz 63, 135
Steuern 43, 56

Stiftungen 127
Stille Reserven 65
Stimmrecht 95
Struktur der G.m.b.H. 23, 31, 156
Stundung 95, 71
Subjektive Verkaufswert 65
Sukzessionstheorie 35
Sukzessivgründung 38
Suspensiveffekt 68, 82

T

Tantième 125
Territorialitätsprinzip 46, 48, 49

U

Ueberschuldung 53, 58, 61, 62, 146
Ueberschuß 167, 172, 174
Uebertragung v. Grundstücken 157
Universalitätsprinzip 46, 48, 51
Universalsukzession 74
Urabstimmung 75
Urheberrechte 137, 157

V

Verantwortlichkeitsklage 56, 77, 79, 93, 110, 112, 132, 152
Veräusserungswert 65
Vererblichkeit der Mitgliedschaft 106
Verfahren 53, 66, 67, 68, 70, 71, 142, 144, 147, 154
Verfahrenseinstellung 137
Verhältnis der Gesellschafter 36
Verheimlichung 56, 57, 153
Verkaufswert 65
Verlustanteil 171, 174
Verlustschein 149, 150
Vermögensanteil 100
Vermögensermittlungsbilanz 63
Vermögensverheimlichung 56, 57, 153
Vermögenswerte 118, 129, 151, 157
Verpfändung 109
Verrechnung 33, 104, 105, 150, 172
Verrechnungsverbote 33
Versilberungsbilanz 63, 76, 135
Verteilungsliste 92, 167, 168, 174
Vertretung 36, 52, 56, 57, 60, 79, 85, 87, 113, 121
Vertretungsmacht 60
Verwerfung des Nachlaßvertrages 59
Verzug 111
Vorschüsse 133

W

Wechsel 42, 52, 144
Wechselbetreibung 42, 43, 52, 71, 143
— bürge 52
Wechsel der Gesellschafter 33
Wert des Gesellschaftsvermögens 135
Widerruf d. Nachlaßvertrages 59
Widerruf des Konkurses 83, 137, 139, 152
Wiedereintragung 37
Wiedereinwerfung 116, 152
— sanspruch 133
Wirkung des Eintrages 38, 39
Wohlfahrtsfonds 66
Wohnsitz 143, 153

Z

Zahlungsbefehl 42, 68
— einstellung 55, 57
— flucht 54
— pflicht 54
— stockung 58
— unfähigkeit 57, 61
Zinsen 31, 144
Zollansprüche 43
Zivilistisches Prinzip 170
Zweigniederlassung 45 ff.
Zwergaktiengesellschaft 21
Zwischenbilanz 65, 76